

Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais

LÔYDE FARIAS OLIVEIRA

**A INEFETIVIDADE DO INSTITUTO DA GUARDA
COMPARTILHADA**

Brasília
2013

LÔYDE FARIAS OLIVEIRA

**A INEFETIVIDADE DO INSTITUTO DA GUARDA
COMPARTILHADA**

Monografia apresentada como requisito obrigatório para conclusão do curso de graduação de bacharelado em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Msc. Ivan Cláudio Pereira Borges

Brasília
2013

LÔYDE FARIAS OLIVEIRA

**A INEFETIVIDADE DO INSTITUTO DA GUARDA
COMPARTILHADA**

Monografia apresentada como requisito obrigatório para conclusão do curso de graduação de bacharelado em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Msc. Ivan Cláudio Pereira Borges

Brasília, de de 2013.

BANCA EXAMINADORA

*Agradeço primeiramente a Deus,
pois nada seria sem sua benção e
sem a fé que possuo Nele.*

*Aos meus pais, pelo imenso apoio e
carinho nessa etapa vivida.*

*Ao Professor Ivan Cláudio Pereira
Borges, pelo auxílio e pelos
conhecimentos transmitidos na
elaboração deste.*

*E, a todos aqueles que direta ou
indiretamente contribuíram para
esta conquista.*

RESUMO

O presente trabalho aduz sobre a provável inefetividade do instituto da guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro frente ao melhor interesse do menor. A questão se justifica tendo em vista que a decisão judicial da guarda provocada pela pretensão de compartilhamento do cuidado ao filho pode ter como foco apenas a plausibilidade da transação entre os pais, e na suposição de que os mesmos buscam o melhor interesse do menor quando, na verdade, o compartilhamento pode ser apenas uma forma de acomodação de situação inadequada à criança. Porém, para se atingir o objetivo da guarda compartilhada é necessário avaliar a crise de relacionamento conjugal. Daí a importância de analisar no capítulo seguinte a prioridade que se deve dar à observância do melhor interesse da criança como forma de conter os ímpetos de competição e vingança entre os cônjuges. Posteriormente, analisa-se a contextualização do instituto no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em conta que a inspiração veio de outros ordenamentos. Por fim, será examinada a utilização recente do instituto pelos Tribunais, com uma análise da jurisprudência e os relatos dos juízes que atuam na área.

Palavra-chave: Guarda Compartilhada. Inefetividade do instituto. Melhor interesse do menor. Mediação.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1. O TRAUMA CONJUGAL E A GUARDA COMPARTILHADA.....	9
1.1. Prioridade para a atribuição da guarda: princípio do melhor interesse do menor.....	15
1.2. Tipos de guarda aplicada e seus reflexos.....	19
1.2.1. Guarda unilateral ou única.....	19
1.2.2. Guarda Alternada.....	20
1.2.3. Aninhamento ou Nidação.....	22
1.2.4. Guarda compartilhada.....	22
2. A IMPORTAÇÃO DO INSTITUTO E A REALIDADE BRASILEIRA.....	24
2.1. Aplicação da guarda compartilhada na legislação estrangeira.....	28
2.1.1. Guarda compartilhada na França.....	29
2.1.2. Guarda compartilhada nos Estados Unidos.....	29
2.1.3. Guarda compartilhada em Portugal.....	30
2.1.4. Guarda compartilhada na Alemanha.....	31
2.1.5. Guarda compartilhada na Itália.....	31
2.2. A problemática da guarda compartilhada em face dos aspectos psicológicos.....	32
3. A APLICAÇÃO AINDA CAUTELOSA DA GUARDA COMPARTILHADA PELO JUDICIÁRIO.....	36
3.1. Mediação como instrumento para a construção de um acordo parental sustentável.....	38
3.2. Posicionamento judicial sobre a guarda compartilhada.....	42
CONCLUSÃO.....	46
REFERÊNCIAS.....	48

INTRODUÇÃO

O objetivo da pesquisa foi verificar a efetividade da recente lei de guarda compartilhada no caso concreto, verificando sua aplicação nas situações litigiosas familiares e o posicionamento adotado por magistrados e representantes do Ministério Público. Como hipótese de solução buscou-se verificar os aspectos psicológicos que a imposição do instituto gera aos genitores e principalmente às crianças e aos adolescentes e a aplicação da mediação como forma de solução conjunta aos pais. Justifica-se a pesquisa em face do desconhecimento dos pais e dos aplicadores do direito quanto à possibilidade de aplicação da guarda compartilhada e a forma de alcançá-la. Para elaboração desse estudo foi utilizada a teoria jurídico-dogmática.

As evoluções ocorridas na sociedade, nos indivíduos e nas famílias, dentre elas a migração do campo para a cidade, a conquista de novos direitos individuais, a igualdade das mulheres em relação aos homens, o reconhecimento de direito às crianças e adolescentes e a maior participação paterna na criação dos filhos, mudaram o contexto familiar que até então se tinha no patriarcalismo.

Surgiram novas concepções culturais, como o aumento do número de divórcios, ingresso das mulheres no mercado de trabalho, a precocidade da criança ante a facilidade de obtenção de informações. E a partir dessas transformações a legislação precisou mudar para abarcar e proteger esse novo tipo de sociedade e de família que nasceu.

A abordagem do tema restringir-se-á ao exame das possibilidades de se colocar em prática o instituto da guarda, sem, contudo, avançar em temas adjacentes que exerçam uma evidente influência no assunto ora abordado, como por exemplo, direitos e garantias da criança e do adolescente, motivos de extinção, suspensão e destituição do poder familiar, responsabilidade pelo menor, sua assistência, sua representação e sua relação com terceiros não genitores.

Portanto, o tema se limita a abordagem do instituto por dois enfoques: o primeiro, o aspecto social, psicológico e emocional do menor sob guarda; e o segundo sob o aspecto legal, jurídico, a influência do julgador e mediador nas decisões dos pais e a análise da jurisprudência recente.

Sabe-se que o instituto em comento sempre foi matéria controversa, pois mesmo que o fim da união ocorra de forma consensual às modificações familiares atingem a todos, principalmente as crianças. Apesar do assunto já ter vasta bibliografia estrangeira, encontra-se fundamentado no ordenamento jurídico pátrio a partir da Lei nº 11.698/2008, alterando os arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil de 2002 e instituindo a preferência por este modelo, somente sendo afastada quando o melhor interesse da criança e do adolescente recomendar a guarda unilateral.

Apesar da guarda surgir para acolher as mudanças da sociedade e das relações familiares, a guarda compartilhada ainda encontra algumas dificuldades para a sua concessão, seja pelo desconhecimento dos pais sobre o instituto, pelo litígio entre os genitores após a ruptura conjugal, ou, até mesmo, pela ausência da aplicação da guarda compartilhada pelo judiciário.

Assim, o presente trabalho tem o intuito de elucidar as possibilidades para colocar em prática o instituto suscitado, demonstrando os aspectos positivos e os negativos que podem surgir posteriormente ao fim da união, no momento em que será estipulada a guarda e diferenciando esta da simples visita realizada pelo genitor não detentor da guarda.

Por fim, o presente estudo está dividido em 3 capítulos. O primeiro aborda em breve síntese, a evolução histórica do instituto, conceitos, análise do princípio do melhor interesse do menor e as diferenciações dos tipos de guarda.

No capítulo seguinte, será apresentada uma análise mais profunda sobre a guarda compartilhada, uma breve comparação do instituto e seu surgimento em outros países, explicitando os motivos de optarem por esse instituto e as consequências trazidas por ele e uma análise dos aspectos psicológicos acerca do fim da sociedade conjugal, litígios e imposição da guarda compartilhada e os reflexos que causam às crianças e adolescentes.

O último capítulo abordará as consequências práticas da guarda conjunta e sua desnecessidade em face das circunstâncias fáticas, bem como a verificação da mediação como forma de solução do problema e a falta de aplicação desse instrumento no âmbito judicial. Por fim, traz uma análise do posicionamento judicial com o relato dos motivos ensejadores da cautela dos julgadores sobre a aplicação prática da teoria da guarda compartilhada.

1. O TRAUMA CONJUGAL E A GUARDA COMPARTILHADA

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a criança e o adolescente passaram a ter uma tutela especial, devido ao contemporâneo entendimento de que a infância é um período de formação moral e psíquica importante na construção da personalidade e dignidade destes. Esse fator novo de compreensão trouxe mudanças no perfil familiar, o qual vem delineando, com o passar do tempo, novos contornos, cujos reflexos inevitáveis repercutiram nas relações parentais.¹

Por isso, a autoridade parental deve conduzir o menor por caminhos que ele ainda desconhece. Por estarem construindo sua maturidade e discernimento, não podem usufruir completamente de seu direito fundamental à liberdade, pois ainda não têm condições de exercê-la. Tais deveres devem ser exercidos de forma conjunta entre os pais, independente da sua situação conjugal. O art. 1.632 do Código Civil de 2002 estabelece que as relações entre pais e filhos não se alteram com o rompimento conjugal, ou seja, a titularidade quanto o exercício da autoridade parental não sofrem modificação. A única mudança limita-se ao direito de um dos pais ter seus filhos em sua companhia.²

O art. 1.579 do mesmo diploma, estabelece que o divórcio não modifica os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos. Da mesma maneira o parágrafo único do art. 1.579, e os arts. 1.588 e 1.636, todos do Código Civil, dispõem que os genitores não perdem a titularidade do poder famílias ao contrair novas núpcias.³

A partir dessa noção que se analisará a finalidade do instituto da guarda, o qual é de crucial importância para darmos o ponto de partida e ponderarmos sobre o cabimento da guarda compartilhada em nosso ordenamento, bem como suas implicações.

Antes de adentrarmos ao tema, faz-se necessário uma breve abordagem prévia sobre a concepção de guarda, a qual é atributo do poder familiar (antigo pátrio poder), e passou no decorrer da evolução da história por inúmeras modificações.

¹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A (des)necessidade da guarda compartilhada. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coord.). Guarda compartilhada. São Paulo: Método, 2009. p. 21-23.

² TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Op. Cit. p. 24.

³ COMEL, Denise Damo. Do poder familiar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 243.

O instituto do Pátrio Poder é um dos mais marcantes na história do homem. Suas origens são remotas e transcendem às fronteiras culturas conhecidas. A doutrina, de modo amplo, toma o Direito Romano como ponto de partida para o seu estudo evolutivo. Aqui faremos somente ligeiras referências às diversas etapas da evolução do instituto.⁴

Como expressa Ana Maria Milano Silva, a origem do Pátrio Poder entre os romanos e os povos antigos, tem alicerce na religião, onde se delineava o regime patriarcal, em que o “pater”, ou seja, o pai possuía total domínio sobre a família e o patrimônio da mesma. Ele era o chefe do culto religioso aos antepassados baseado no medo, em que as honras fúnebres a estes tinham o objetivo de apaziguar-lhes os espíritos. A mulher era colocada em posição inferior, sendo considerada incapaz de reger sua própria vida, igualando-se aos filhos.⁵

E assim, através dessa autoridade paterna se estabelecia a disciplina e se consolidava a vida dentro do lar e, por conseguinte, na própria sociedade. A palavra *pater* não representava paternalidade, mas domínio, procedência, autoridade e majestade. Por isso a conveniência em assegurar essa ampla autoridade paternal.⁶

Pelas lições de Silvio Rodrigues, observa-se que com o decorrer do tempo ocorreu o declínio do alcance e da extensão do Pátrio Poder:

*“(...) essa concepção rigorosa do pátrio poder se abranda com o tempo, não sendo indiferente a esse abrandamento a influência do estoicismo e do cristianismo. Todavia, tal influência não é exclusiva, nem definitiva pois, mesmo antes do cristianismo já esmaece o rigor do pátrio poder.”*⁷

O cristianismo começou a reconhecer a igualdade entre os cônjuges. A mulher passou a ser considerada uma criação condicionada à vontade do homem, pois Deus a teria retirado da costela de Adão para satisfazê-lo. Essas ideias criaram um vínculo de afeição e complementação entre ambos, o que inexistia no Direito Romano. Também se principiou a pregar sobre o dever dos pais com os cuidados em relação à educação física, social, cultural, moral e religiosa dos filhos.⁸

⁴ GRISARD, Waldyr Filho. Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. 2 ed. Ver., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 30.

⁵ SILVA, Ana Maria Milano. A lei sobre guarda compartilhada. 3 ed. Leme: J. H. Mizuno, 2012. p. 13-15.

⁶ AMIN, Andréa Rodrigues. O Novo Código Civil: livro IV do direito de família. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 2002, p. 295.

⁷ RODRIGUES, Silvio. Direito de Família. Direito Civil, v6. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 352.

⁸ SILVA, Ana Maria Milano. A lei sobre guarda compartilhada. 3 ed. Leme: J. H. Mizuno, 2012. p. 17.

A feição romana do pátrio poder encontrou guarida nas Ordenações do Reino e assim foi trasladada para o Brasil pela Lei de 20 de outubro de 1823,⁹ ou seja, a antiga legislação portuguesa era uma reprodução do Direito Romano, em que o homem era o chefe da sociedade conjugal, enquanto a mulher, relativamente incapaz, dependia de seu amparo e autorização para a prática de atos da vida civil. Portanto, cabia a mulher a tarefa de educar os filhos e ao homem prover a família e autorizar ou não as decisões familiares.

Acerca do instituto, o Código Civil Brasileiro de 1916 estabelecia no art. 380 *caput* e parágrafo único que:

“Art. 380. Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores passará o outro a exercê-lo com exclusividade
Parágrafo único. Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz para solução da divergência”

As expressões “o marido com a colaboração da mulher” (*caput*) e “prevalecerá a decisão do pai” (parágrafo único) evidenciam que o antigo código também seguiu o paradigma do Direito Romano, conferido um maior poder patriarcal.

Foi a partir da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, no art. 27 que houve uma evolução e entendeu-se que o pai e a mãe são titulares dos encargos parentais que perduram mesmo após o divórcio e novo casamento de qualquer um dos mesmos, embora a guarda fosse atribuída a apenas um dos genitores.

A Constituição Federal Brasileira de 1988, em seu art. 226 e § 5º, consagrou a evolução do instituto quando previu uma atuação conjunta e igualitária do homem e da mulher:

“Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
§ 5º. Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

O Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei nº 8.069/90 - também afirmou a relação de igualdade do homem e da mulher em seu art. 21:

“Art. 21. O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a Legislação Civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância,

⁹ GRISARD. Waldyr Filho. Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. 2 ed. Rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 33.

recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência”.

Por essa análise vemos que a Constituição Federal de 1988, a Lei nº 8.069/90 e a Lei nº 6.515/77 eliminaram a subordinação da mulher frente ao homem e também extinguiram a expressão “durante o casamento” existente no art. 380 do Código Civil de 1916. Posteriormente, o termo “Pátrio Poder” foi modificado para “Poder Familiar”.¹⁰

O novo Código Civil também eliminou qualquer prevalência feminina na atribuição da guarda:

“Art. 1.584. decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la”.

E, finalmente, a Lei nº 11.698 de 13 de junho de 2008, alterou os arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil, fazendo referência à guarda compartilhada e possibilitando que esta possa ser requerida, por consenso entre os pais, bem como decretada pelo Juiz, em atenção a necessidades específicas do menor.

O direito de ambos os genitores na educação e na formação dos filhos é hoje entendido como Direito Fundamental constitucionalmente protegido. Esse entendimento surgiu pela evolução gradual da sociedade familiar, da igualdade entre o homem e a mulher, pela igualdade dos filhos de qualquer origem, e pelo entendimento da necessidade de uma educação e convívio familiar focado no melhor interesse do menor.

Atualmente, entende-se como guarda o ato ou efeito de guardar e resguardar o filho enquanto menor, de manter vigilância no exercício de sua custódia e de representá-lo quando impúbere ou, se púbere, de assisti-lo, agir conjuntamente com ele em situações ocorrentes.¹¹

Guarda na lição de Pontes de Miranda “é sustentar, é dar alimento, roupa e, quando necessário, recursos médicos e terapêuticos; guarda significa acolher em casa, sob vigilância e amparo; educar consiste em instruir ou fazer instruir, dirigir, moralizar, aconselhar”.¹²

Guilherme Gonçalves Strenger entende que a guarda de filhos é:

¹⁰ SILVA, Ana Maria Milano. A lei sobre guarda compartilhada. 3 ed. Leme: J. H. Mizuno, 2012. p. 19-20.

¹¹ SILVA, Ana Maria Milano. A lei sobre guarda compartilhada. 3 ed. Leme: J. H. Mizuno, 2012. p. 39

¹² MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado – parte especial. 4 ed. 2. Tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, T. VIII, 1983. P. 94-101.

*“Guarda de filhos é o poder-dever submetido a um regime jurídico legal, de modo a facilitar, a quem de direito, prerrogativas para o exercício da proteção e amparo daquele que a lei considerar nessa condição. Leva-se à crença de que a guarda não só é um poder pela similitude que contém com a autoridade parental, com todas as vertentes jurídicas, como é um dever, visto que decorre de impositivos legais, inclusive com natureza de ordem pública, razão pela qual se pode conceber esse exercício com um poder-dever”.*¹³

O conceito de guarda surge de um valor maior protegido, que é o bem-estar, a preservação do menor enquanto ser em potencial, que deve ser educado e sustentado para atingir a maioridade com completa saúde física e mental, capacitação educacional e entendimento social, de forma a atender o princípio fundamental de ser sujeito de uma vida digna, fundamento do próprio Estado de Direito insculpido em nossa Carta (CF, art. 1º, III).¹⁴

De Plácido e Silva entende que a guarda é:

*A locução indicativa, seja do direito ou do dever, que compete aos pais ou a um dos cônjuges, de ter em sua companhia ou de protegê-los, nas diversas circunstâncias indicadas na lei civil. E, guarda, neste sentido, tanto significa a custódia como a proteção que é devida aos filhos pelos pais.*¹⁵

Para Sérgio Gischkon Pereira¹⁶, é a situação do detentor da responsabilidade sobre o sustento e a manutenção do menor.

Roberto João Elias entende que “a guarda diz respeito à prerrogativa de ter o filho em seu poder, em ter-lhe oponível a terceiros, e vinculadas aos deveres de prestar-lhe assistência material, moral e educacional.”¹⁷

A guarda, consoante o que estabelece o art. 1.634, II, do Código Civil, emerge do poder familiar, constituindo um conjunto de direitos-deveres de formação, criação, educação, proteção, guia moral e religioso, vigilância, sendo os pais os titulares dessa obrigação.¹⁸

¹³ STRENGER, Guilherme Gonçalves. Guarda de Filhos. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 31.

¹⁴ LEIRIA, Maria Lúcia Luz. Guarda compartilhada: a difícil passagem da teoria à prática: a realidade da lei nº 11.698/2008. Revista jurídica. Porto Alegre, v. 59, n. 409, p. 9-25, Nov. 2011.

¹⁵ DE PLÁCIDO E SILVA. Vocabulário Jurídico / atualizadores Nagib Slaibi Filho e Cláucia Carvalho. 27 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2006, p. 667.

¹⁶ PEREIRA, Sérgio Gischkow. A guarda conjunta de menores no direito brasileiro. Ajuris, porto, Porto Alegre, v. XIII, n. 36, p. 53-64, mar. 1986.

¹⁷ ELIAS, Roberto João. Pátrio Poder: Guarda dos Filhos e Direito de Visita. São Paulo: Saraiva. 1999, p. 53.

¹⁸ SANTOS, Thiago B; LEITE, Cyntia Paiva; VIEIRA, Tereza R. Da guarda compartilhada: aspectos psicológicos e jurídicos. In: MANZANO, Maria A Nastácia (Coord.). Revista de Ciência Jurídicas e Sociais da UNIPAR. Umuruma, v. 9, n. 1, p. 97-109, Nov. 2006.

No direito positivo pátrio, o instituto da guarda é regulamentado no Código Civil de 2002, no capítulo que trata da proteção da pessoa dos filhos, nos arts. 1.583 ao 1.590, e 1.634, inciso II.

O Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece em seu art. 33 e § 1º (primeira parte):

Art. 33. A guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

§ 1º. A guarda destina-se a regularizar a posse de fato (...).

Portanto a guarda decorrente do Código Civil é instituto inerente ao poder familiar, que deve ter especial atenção quando à ruptura da relação conjugal, ao passo que a disciplinada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 33 a 35), não suprimindo aquele, cuida da proteção dos menores de 18 (dezoito) anos de idade, quando não mais viável a manutenção deles na família natural. Trata-se, pois, de medida de proteção do menor, a qual tem cabimento nas hipóteses do art. 98 da Lei nº 8.069/90.¹⁹

Quando é discutida matéria atinente ao pátrio poder e guarda dos filhos, divórcio, regulamentação de visitas e outros temas correlacionados, competente será o juiz de família para determinar a guarda dos filhos. Quando é discutida matéria que importe em violação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, competente será o juizado especial. No entanto, o comportamento do juiz em ambas as situações deve ser o mesmo, sempre levando em consideração preponderantemente o interesse o bem-estar do menor. Logo, não se confunde a guarda deferida em processo judicial em que litigam os pais, com a regulamentação da guarda para colocação em família substituta.²⁰

Nota-se que a guarda é inerente ao poder familiar, mas os institutos não se confundem, pois aquele que não detém a guarda de seu filho, não perderá, por consequência, o poder familiar, ressalvados os casos em que houver sua destituição

¹⁹ SANTOS, Thiago B; LEITE, Cyntia Paiva; VIEIRA, Tereza R. Da guarda compartilha: aspectos psicológicos e jurídicos. In: MANZANO, Maria A Nastácia (Coord.). *Revista de Ciência Jurídicas e Sociais da UNIPAR*. Umuaruma, v. 9, n. 1, p. 97-109, Nov. 2006.

²⁰ LEITE, Cyntia Paiva; VIEIRA, Tereza R; SANTOS, Thiago B. Da guarda compartilha: aspectos psicológicos e jurídicos. In: MANZANO, Maria A Nastácia (Coord.). *Revista de Ciência Jurídicas e Sociais da UNIPAR*. Umuaruma, v. 9, n. 1, p. 97-109, Nov. 2006.

legal. “A guarda, assim, é da natureza do poder familiar, não da sua essência. Tanto é que, se transferida a terceiros, não implica a transferência desse”.²¹

Enquanto existente a sociedade conjugal, a guarda dos filhos está, normalmente, atrelada ao exercício do poder familiar, sem que ocorra qualquer divisão entre os dois institutos. Porém quando surge com a ruptura conjugal concentra a guarda em um só dos genitores e aquele que perde a guarda não perde o poder familiar, mas o seu efetivo exercício, que na prática fica sendo do genitor-guardião, ficando o outro reduzido a um papel verdadeiramente secundário.²²

Diante dessa realidade estudaremos as consequências trazidas por essa ruptura conjugal e a necessidade dos filhos a essa nova família, sem que isso implique em desrespeito aos interesses destes. Para isso, faz-se necessário um estudo dos tipos de guarda prevista pela doutrina com enfoque em seus pontos positivos e negativos, bem como a análise da aplicação da guarda compartilhada no ordenamento brasileiro.

1.1. PRIORIDADE PARA A ATRIBUIÇÃO DA GUARDA: PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR

O instituto da guarda evoluiu conforme as novas realidades civis foram surgindo e foi sendo regulada através de várias legislações específicas. É nesse sentido que a prioridade conferida ao interesse do menor emerge como o ponto central, a questão maior, que deve ser analisada pelo juiz na disputa entre os pais pela guarda dos filhos.²³

O art. 1.586 do Código Civil Brasileiro, inalterado pela Lei nº 11.698/08, o qual consagra esse princípio, conservou a diretriz voltada para o magistrado: ocorrendo “motivos graves”, ele é autorizado, “em qualquer caso”, no melhor interesse dos filhos, a “regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos antecedentes a situação deles para com os pais”.²⁴ Da mesma forma o artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro estabelece que: “na aplicação da

²¹ SILVA, Ana Maria Milano. A lei sobre guarda compartilhada. 3 ed. Leme: J. H. Mizuno, 2012. p. 41.

²² GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002, p. 107.

²³ SILVA, Ana Maria Milano. A lei sobre guarda compartilhada. 3 ed. Leme: J. H. Mizuno, 2012. p. 47.

²⁴ RODRIGUES, Otávio Luiz Junior. Guarda compartilhada: discricionariedade. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coord.). Guarda compartilhada. São Paulo: Método. 2009. p. 281-296.

lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Fundamenta-se esse critério no caráter de sujeito de direito que tem o menor, o qual não é objeto de direito dos pais, e sim uma pessoa que tem direito à proteção, à assistência e à educação.²⁵

O Princípio do melhor interesse do menor é um vetor do Direito Protetivo e deve ser observado na aplicação de todas as regras a ele inerentes, sendo sua prevalência tamanha que se confere ao juiz o poder geral de cautela de alterar procedimentos e ordens de preferência em nome do bem-estar do filho cuja guarda se disputa.²⁶

Esse imenso poder, no caso específico do art. 1.586 do C.C., condiciona-se à existência de “motivos graves”, cuja materialidade é exemplificada na doutrina: a) abuso sexual pelo genitor; b) doença auto-imune do filho; c) quadro psicológico de resistência ou rejeição a um dos pais.²⁷

A ciência desses motivos só chegara ao conhecimento do juiz se houver provocação dos interessados, do Ministério Público ou se lhe for possível tomar conhecimento como fato público e notório. Essas possibilidades são identificáveis quando há o litígio (inciso II do art. 1.584 C.C.). Quando a guarda é consensual, é rara a viabilidade de se aplicar o art. 1.586. Excepcionalmente, ocorrendo um considerável tempo entre a apresentação da cédula de acordo e sua homologação, pode o juiz ser provocado e receber a informação de que “motivos graves” impõem a revisão do acordo ou obstam sua homologação. Outra exceção ocorre quando o acordo é feito na ação de divórcio ou dissolução de união estável, pois nessas ações o juiz terá condições de conhecer as partes, suas condutas e as provas. Com isso, o acordo será acareado com essa ciência e a frieza de seus termos poderá ser desmentida pelo calor das atitudes dos pais, demonstradas no curso do processo. Assim, terá prevalência o art. 1.586 sobre o primado da autonomia privada.²⁸

É importante ressaltar que a guarda é uma situação fático-jurídica modificável a qualquer tempo, por mera petição, o juiz poderá alterar o acordo,

²⁵ GRISARD, Waldir Filho. Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. São Paulo: Revista do Tribunais, 2002, p 61.

²⁶ NADER, Paulo. Curso de Direito Civil: Direito de Família, 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 6, p. 246.

²⁷ NADER, Paulo. Op. Cit., p. 246.

²⁸ RODRIGUES, Otávio Luiz Junior. Guarda compartilhada: discricionariedade. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coord.). Guarda compartilhada. São Paulo: Método. 2009. p. 281-296.

mesmo que já homologado, em caráter superveniente, à vista dos “motivos graves” expostos no requerimento.²⁹

Eduardo Oliveira Leite faz uma análise sobre o que exatamente a lei deseja expressar como “interesse do menor”:

“O interesse do menor seve, primeiramente, de critério de controle, isto é, de instrumento que permite vigiar o exercício da autoridade parental sem questionar a existência dos direitos dos pais. Assim, na família unida, o interesse presumido da criança é de ser educado por seus pais; mas se um deles abusa ou usa indevidamente suas prerrogativas, o mesmo critério permitirá lhe retirar ou controlar mais de perto, o exercício daquele direito. O interesse do menor é utilizado, de outro lado, como critério de solução, no sentido de que, em caso de divórcio, por exemplo, a atribuição da autoridade parental e do exercício de suas prerrogativas pelos pais depende da apreciação feita pelo juiz do interesse do menor.”³⁰

Nesse diapasão, observa-se a extrema importância do arbítrio judicial nas questões familiares que envolvem os menores e que exigem serem decididas sob a ótica da prioridade do interesse dos mesmos. A análise judicial deve se dar na direção de cada situação fática.³¹

Também serão levadas em consideração as condições pessoais dos genitores, tais como: condições materiais (atividades profissionais renda, alojamento, facilidades escolares, ocorrência ou não da existência de lares) em conjunto com as condições morais (vínculo de afetividade entre o pai e o filho, círculo de amigos, ambiente social, qualidade de cuidados, entre outros). Esses são alguns dos elementos que podem servir de caminho ao juiz, que lhe permitem descobrir, caso a caso, o que lhe parece ser o interesse do menor.³²

Ainda há outros aspectos que merecem ser acolhidos para a aferição do melhor interesse do menor na atribuição da guarda, como a idade da criança. De fato, efetivamente, na primeira infância o menor tem mais ligação com a mãe e dependência dela especialmente pelo aleitamento materno, e a guarda deve ser definida por essa maior necessidade sensível de afeto e ternura inseridos nessa fase inicial da vida.³³

²⁹ RODRIGUES, Otávio Luiz Junior. Op. Cit., p. 290.

³⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. Famílias Monoparentais. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997. P. 195.

³¹ RODRIGUES, Otávio Luiz Junior. Guarda compartilhada: discricionariedade. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coord.). Guarda compartilhada. São Paulo: Método. 2009. p. 281-296.

³² LEITE, Eduardo de Oliveira. Famílias Monoparentais. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997. P. 197.

³³ SILVA, Ana Maria Milano. A lei sobre guarda compartilhada. 3 ed. Leme: J. H. Mizuno, 2012. p. 51.

Quando a criança ingressa na idade escolar essa regra deixa de ser tão absoluta. O juiz deverá analisar a capacidade educativa dos pais, o ambiente familiar e cultural em que vivem e o tempo disponível à dedicação de seus filhos. Já quanto ao sexo, não existe nenhum impedimento que se atribua guarda de uma filha ao pai, que possua condições educativas e sociais para tal.³⁴

No que diz respeito aos casais que possuem vários filhos, evidentemente não se deve separar os irmãos, atribuindo a guarda desses dividida entre os pais. É importante manter unido os irmãos, preservando, assim, o amor fraternal. Só deixa de existir razão se os irmãos forem de idades muito diferentes, com atividades diversas. Se não houver possibilidade de mantê-los unidos sob uma mesma guarda, na pior das hipóteses, torna-se indispensável um amplo regime de visitas.³⁵

A convenção dos Direitos das Crianças da ONU, em seu art. 12, ressalta o direito do menor de expressar sua opinião e de ser ouvido nos temas de seu próprio interesse. Essa tendência a fazer a oitiva dos menores já é praticada por alguns juízes da vara de família. Porém é importante rebater: ouvir, sim; mas, exigir que os filhos escolham, nunca. Aliás, o juiz pode ouvir o menor se for necessário para a avaliação do que está ocorrendo no ambiente familiar, mas essa prova pode gerar efeitos nocivos ao menor, porque a sua idade, o meio social, a formação escolar e outras circunstâncias acabam por influir em seu depoimento.³⁶

Além disso, colocar o menor como o próprio juiz de seu destino é exigir demais de quem ainda não possui discernimento para uma decisão correta. Assim, a oitiva de filhos em juízo é admitida processualmente como exceção, sob pena de não se priorizar seus interesses adequadamente. É por esses motivos que tanto a doutrina como a jurisprudência recomendam o afastamento dos filhos no embate de um conflito judicial, mesmo que versem sobre eles. Afinal os filhos não querem responder à pergunta: “com quem você quer ficar?”, pois sabem que ao escolherem um, estará magoando o outro.³⁷

Deste modo, o magistrado deve avaliar em caso de preferência manifesta pela criança, se esta escolha está de acordo com o melhor interesse ao menor e a melhor solução aplicável ao caso.

³⁴ SILVA, Ana Maria Milano. Op. Cit., p. 51.

³⁵ Idem, p. 52.

³⁶ SILVA, Ana Maria Milano. A lei sobre guarda compartilhada. 3 ed. Leme: J. H. Mizuno, 2012. p. 53.

³⁷ SILVA, Ana Maria Milano. Op. Cit., p. 53.

Por fim, o acordo entre os pais continua sendo o melhor elemento de convencimento do juiz, partindo-se do pressuposto de que ninguém melhor que os pais conhecem seus filhos e sabe o que é melhor para o futuro dos mesmos.³⁸

1.2. TIPOS DE GUARDA APLICADA E SEUS REFLEXOS

É preciso diferenciar os modelos de guarda, para evitar confusão na deliberação daquele que será o mais adequado num determinado e específico caso de família.³⁹ Pois apesar da guarda ser exercida pelos pais em igualdade de condições durante a união do relacionamento, quando este dissolve a guarda sofre consideráveis modificações. A partir desse momento o instituto em estudo toma outras proporções. Tal fato permite uma distinção entre as espécies de guarda.⁴⁰

Maria Lúcia Luz Leiria faz uma pré-classificação da guarda em: guarda física e guarda jurídica. Em que a primeira é aquela com quem reside a criança e a segunda é quem detém todos os atributos que a tornam responsável pelo sustento, manutenção e educação do filho.⁴¹

Na doutrina, são verificadas algumas espécies de guarda. Majoritariamente utiliza-se a classificação conforme o modelo de exercício. Segundo essa classificação, a guarda de filhos será unilateral, alternada, aninhamento ou nidação, ou compartilhada.

1.2.1. Guarda unilateral ou única

Também conhecida como guarda exclusiva é aquela atribuída a apenas um dos pais. Nesse sistema um dos genitores exerce a guarda, geralmente o mais apto a educar os filhos, enquanto ao outro é dado o direito de visitas e de fiscalização da manutenção e educação dos filhos (art. 1589 CC).⁴²

³⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. Famílias Monoparentais. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997. P. 198.

³⁹ LEIRIA, Maria Lúcia Luz. Guarda compartilhada: a difícil passagem da teoria à prática: a realidade da lei nº 11.698/2008. Revista jurídica. Porto Alegre, v. 59, n. 409, p. 9-25, Nov. 2011.

⁴⁰ SANTOS, Thiago B; LEITE, Cyntia Paiva; VIEIRA, Tereza R. Da guarda compartilha: aspectos psicológicos e jurídicos. In: MANZANO, Maria A Nastácia (Coord.). Revista de Ciência Jurídicas e Sociais da UNIPAR. Umuarama, v. 9, n. 1, p. 97-109, Nov. 2006.

⁴¹ LEIRIA, Maria Lúcia Luz. Guarda compartilhada: a difícil passagem da teoria à prática: a realidade da lei nº 11.698/2008. Revista jurídica. Porto Alegre, v. 59, n. 409, p. 9-25, Nov. 2011.

⁴² SANTOS, Thiago B; LEITE, Cyntia Paiva; VIEIRA, Tereza R. Op. Cit, p. 102.

Esse tipo de guarda predominou (e ainda predomina) por muito tempo no ordenamento brasileiro, onde aquele que detém a “guarda física” possui a proximidade diária do filho, e a “guarda jurídica” é a de quem dirige e decide as questões que envolvem o menor.⁴³

Sobre este aspecto, Ana Maria Milano versa que:

“(...) na guarda única, percebe-se com nitidez que nem sempre há a preservação total do exercício do poder familiar para o genitor que não detém a guarda. Em verdade, o genitor que tem a guarda do filho exercerá sua autoridade parental em toda a extensão, por estar de fato vinculado ao filho. O outro sofre o enfraquecimento de seus poderes paternos. Pode-se dizer que, na realidade, os direitos se tornam desiguais, com evidente privação das prerrogativas do genitor não guardião, situação essa que a guarda compartilhada afasta na totalidade, pelo pressuposto de que há efetivamente, a continuidade do exercício do poder familiar para ambos os genitores”.⁴⁴

Tal modelo pode resultar em uma série de inconvenientes, tal como o enfraquecimento dos laços afetivos entre o não guardião e a criança, e o consequente desinteresse por esta. Esse tipo de guarda vem sofrendo temperamentos, o que deu lugar a um debate, de natureza psicológica e também jurídica, sobre uma melhor forma de se dividir entre os pais as funções decorrentes do poder familiar.⁴⁵

1.2.2. Guarda Alternada

A guarda alternada, como fácil se conclui, é exercida alternadamente pelos pais. Nela há um revezamento, no qual os pais detêm a guarda por um período determinado de tempo. Ela ocorre em intervalos sucessivos e predeterminados.⁴⁶

A guarda Alternada caracteriza-se pela possibilidade de cada um dos pais deter a guarda do filho alternadamente, segundo um ritmo de tempo que pode ser um ano escolar, um mês, uma semana, uma parte da semana, ou uma repartição organizada dia a dia e, conseqüentemente, durante esse período de tempo deter, de

⁴³ SILVA, Ana Maria Milano. A Lei sobre Guarda compartilhada. 3.ed. São Paulo: J.H Mizuno, 2012. p.56.

⁴⁴ SILVA, Ana Maria Milano. A Lei sobre Guarda compartilhada.2.ed. São Paulo: J.H Mizuno, 2008. p.122.

⁴⁵ SANTOS, Thiago B; LEITE, Cyntia Paiva; VIEIRA, Tereza R. Da guarda compartilha: aspectos psicológicos e jurídicos. In: MANZANO, Maria A Nastácia (Coord.). Revista de Ciência Jurídicas e Sociais da UNIPAR. Umuaruma, v. 9, n. 1, p. 97-109, Nov. 2006.

⁴⁶ SANTOS, Thiago B; LEITE, Cyntia Paiva; VIEIRA, Tereza R. Op. Cit. p. 103.

forma exclusiva, a totalidade dos poderes-deveres que integram o poder familiar. No termo do período os papéis se invertem.⁴⁷

Esse modelo de guarda é bastante criticado pela ofensa que causa ao princípio da continuidade do lar, pois segundo o entendimento majoritário da doutrina e dos especialistas em psicologia o elevado número de mudanças provoca uma enorme instabilidade emocional é psíquica, uma vez que a alternatividade é estabelecida a critério dos pais e não de acordo com o melhor interesse do menor. Dificultando a consolidação dos hábitos, valores, padrões de vida e formação da personalidade do filho, acarretando prejuízos imensuráveis a formação e construção da identidade subjetiva e social da criança ou do adolescente⁴⁸

A guarda alternada não está prevista em nosso ordenamento jurídico e os tribunais obstam sua implementação, pois esse modelo de guarda corrobora para uma formação prejudicial à criança.

No congresso denominado “Responsabilidade Parental Conjunta, Desafio para o Século XXI”, em Quebec no Canadá, com a participação de especialistas em Direito de Família e Mediação Familiar, provenientes da Europa e da América do Norte, os doutrinadores estabeleceram o afastamento desse modelo, por comprovação de sua inadequação para as crianças.⁴⁹

Nesse sentido, há o artigo de Caetano Lagrasta Neto:

“A partir da experiência dos países europeus, especialmente da França, a partir da Lei 1.987, das legislações canadenses e norte-americanas, tem sido adotada, como primeira imposição ao juiz, determinar a residência habitual da criança, sem impedir-lhe a movimentação temporária, com isto condenando-se definitivamente o sistema de guarda alternada. (...) A guarda alternada irá facilitar o conflito, pois, ao mesmo tempo em que o menor será jogado de um lado para o outro, naufrago numa tempestade, a inadaptação será característica também dos genitores, facilitando-lhes a fuga à responsabilidade, buscando o próprio interesse, invertendo semanas ou temporadas.”⁵⁰

Conforme dito anteriormente, apesar de não estar regulamentada em nosso ordenamento pátrio e ser criticada por alguns juristas, haja vista as disposições da Lei nº 11.698/08 versarem apenas acerca da guarda unilateral e compartilhada, a guarda alternada tem sido aceita, com certa cautela, em alguns tribunais pátrios,

⁴⁷ AMARAL, Jorge Augusto Pais de. Do casamento ao Divórcio. Lisboa: Cosmos, 1997, p. 168.

⁴⁸ SILVA, Ana Maria Milano. A Lei sobre Guarda compartilhada. 3.ed. São Paulo: J.H Mizuno, 2012. p. 57.

⁴⁹ SILVA, Ana Maria Milano. A Lei sobre Guarda compartilhada. 3.ed. São Paulo: J.H Mizuno, 2012. p.57.

⁵⁰ LAGRASTRA, Caetano Neto. Boletim Tribuna da Magistratura. 1999, P. 37.

como se observa em decisão adotada Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no Processo nº 07271641020088130153, a seguir ementada:

FAMÍLIA. AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA. SITUAÇÃO DE ALTERNÂNCIA QUE, EMBORA NÃO ACONSELHÁVEL PELA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA, SE CONSOLIDOU NO TEMPO. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. ESTUDOS PSICOSSOCIAIS. PROVA SEGURA. CRIANÇA ADAPTADA E FELIZ. SENTENÇA MANTIDA. - A guarda alternada de filho entre pais não é providência que se recomenda quando a autoridade judiciária irá, pela primeira vez, definir quem conservará a prole consigo. - No entanto, se a guarda alternada consolidou-se por mais de três anos e os estudos sociais realizados indicam que o filho encontra-se saudável, feliz e com desenvolvimento emocional normal, não é razoável modificá-la para estabelecer a guarda unilateral.

1.2.3. Aninhamento ou Nidação

É um tipo de guarda raro, no qual são os pais quem se revezam mudando para a casa onde vivem os menores em períodos alternados de tempo.⁵¹

Esse tipo de guarda é inviável para a nossa cultura, visto que uma casa demanda gastos específicos e a necessidade de se ter um proprietário específico. Esse é um modelo que só existe na teoria, sendo inviável sua aplicação prática, dispensando de maiores comentários.

1.2.4. Guarda compartilhada

Por fim, temos o modelo de guarda compartilhada, tema central deste trabalho, que permite aos filhos viverem em estreita relação com ambos os pais, havendo uma co-participação deles, em igualdade de direitos e deveres. Por ora, apenas faremos uma descrição superficial da guarda compartilhada, para depois traçarmos mais especificamente cada segmento desse novo modelo de guarda.⁵²

A noção da guarda compartilhada surgiu do desequilíbrio dos direitos parentais e de uma cultura que desloca o centro de seu interesse para privilegiar a criança, no meio de uma sociedade que agora mostra tendência igualitária.⁵³

⁵¹ SILVA, Ana Maria Milano. Op. Cit. p. 59.

⁵² SILVA, Ana Maria Milano. A Lei sobre Guarda compartilhada. 3.ed. São Paulo: J.H Mizuno, 2012. p. 59.

⁵³ SILVA, Ana Maria Milano. Op. Cit. p. 60.

Também conhecida como guarda conjunta, a guarda compartilhada não se confunde com a guarda alternada, dado que não compartilha necessariamente a posse, mas a responsabilidade legal pela formação da criança, o que inclui decisões acerca da educação, saúde, segurança e lazer do menor.⁵⁴ A guarda compartilhada permite ao menor que se mantenha em um domicílio fixo e receba visitas diárias (de acordo com a possibilidade dos pais) do pai ou da mãe. A criança continua tendo acesso cotidiano aos genitores mesmo com o fim do relacionamento deles.

Nos termos do art.. 1.583 do Código Civil, § 1º, segunda parte, compreende-se por guarda compartilhada “a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.”

Na lição de Rolf Madaleno:

“Compartilhar a custódia dos filhos não significa repartir o tempo que a prole passa com cada um dos seus pais, como ocorre na guarda alternada, nem tampouco representa alternar a moradia dos filhos entre a casa do pai e a residência da mãe, mas significa unicamente que os filhos terão garantido o direito de se relacionarem em igualdade de condições com ambos os genitores, equilibrando o poder familiar.”⁵⁵

Com a separação dos pais, a guarda compartilhada tem a função de preservar em condições de igualdade suas relações de interação com seus filhos, permanecendo o mais próximo possível do relacionamento existente durante a coabitação dos pais.⁵⁶

⁵⁴ SANTOS, Thiago B; LEITE, Cyntia Paiva; VIEIRA, Tereza R. Da guarda compartilha: aspectos psicológicos e jurídicos. In: MANZANO, Maria A Nastácia (Coord.). Revista de Ciência Jurídicas e Sociais da UNIPAR. Umuaruma, v. 9, n. 1, p. 97-109, Nov. 2006.

⁵⁵ MADALENO. Rolf. Novos horizontes no direito de família. Rio Janeiro, 2010. p. 210-211.

⁵⁶ MADALENO. Rolf. Op. Cit. p. 210-211.

2. A IMPORTAÇÃO DO INSTITUTO E A REALIDADE BRASILEIRA

Na ruptura conjugal a guarda era sistematicamente outorgada a um só dos genitores, critério legal, doutrinário e jurisprudencial aceito incontestavelmente até então. Diante de tal situação, surgiu outra corrente, que busca proteger o elemento central do instituto, qual seja, o melhor interesse do menor, trazendo para tanto noções interdisciplinares, como a psicologia, e a sociologia.⁵⁷

Desse desejo de ambos os pais compartilharem a educação e a criação dos filhos e o destes de continuarem mantendo comunicação com os pais originou o surgimento dessa nova forma de guarda, a guarda compartilhada.⁵⁸

José Diogo Leite Garcia define a guarda compartilhada como:

“A guarda em si, pode ser confiada a ambos os pais de forma dividida (não significa alternada nos termos em que a doutrina a usa, pois o poder decisório não ficara trocado de mãos, e sim, seria exercido conjuntamente) nas situações extremas em que o convívio dos pais for imensamente favorável e não prejudicial no desenvolvimento físico e na moral do menor, devendo ser valorados através da interdisciplinaridade, o que, apesar dessa consideração da possibilidade da alternância de residência, não julgamos como sendo conveniente e perseguidor do superior interesse do menor.”⁵⁹

A guarda compartilhada é um plano de exercício, onde ambos os progenitores dividem a responsabilidade legal pela tomada de decisões importantes relativas aos filhos menores, conjunta e igualitariamente. Significa que ambos os pais possuem exatamente os mesmos direitos e as mesmas obrigações em relação aos filhos menores. Por outro lado, é um tipo de guarda no qual os filhos do divórcio recebem dos tribunais o direito de terem ambos os pais, dividindo de forma mais equitativa possível, as responsabilidades de criarem e cuidarem dos filhos. Guarda jurídica compartilhada define os dois genitores, do ponto de vista legal, como iguais detentores da autoridade parental para tomar todas as decisões que afetarem os filhos.⁶⁰

⁵⁷ GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002, p. 114.

⁵⁸ GRISARD FILHO, Waldyr. Op. Cit. p. 114.

⁵⁹ GUARCIA, José Diogo Leite. Guarda compartilhada: comentários aos artigos 1.583 e 1.584 do código civil com redação dada pela lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008. Bauru, SP: EDIPRO, 2011. p. 31.

⁶⁰ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Família, Guarda e Autoridade Parental. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 109-111.

Para Eduardo de Oliveira Leite, a guarda compartilhada é aquela em que ambos os pais participam da convivência, da educação e dos demais deveres inerentes ao poder parental, mantendo-se dois lares para os filhos, a destruição do “casal conjugal” não deve provocar o desaparecimento do “casal parental”, ou seja, a comunidade dos pais.⁶¹

A modalidade compartilhada atribuída à guarda dá uma nova e inédita conotação ao instituto do pátrio poder, já que tem por finalidade romper com a ideia de poder e veicula a perspectiva da responsabilidade do cuidado da criança e do convívio familiar. A partir deste novo conceito, é retirada da guarda a conotação de posse, privilegiando-se a ideia de estar com, de compartilhar, sempre voltada para o melhor interesse das crianças e consequentemente dos pais.⁶²

Como aludido na justificativa do deputado Tildem Sampaio no Projeto de Lei nº 6.350/02, que originou esta lei:

“A guarda compartilhada ou conjunta refere-se a um tipo de guarda onde os pais e mães dividem a responsabilidade legal sobre os filhos ao mesmo tempo e compartilham as obrigações pelas decisões importantes relativas à criança. É um conceito que deveria ser a regra de todas as guardas, respeitando-se evidentemente os casos especiais. Trata-se de um cuidado dos filhos concedidos aos pais comprometidos com respeito e igualdade.

Na guarda compartilhada, um dos pais pode deter a guarda material ou física do filho, ressaltando sempre o fato de dividirem os direitos e deveres emergentes do poder familiar. O pai ou a mãe que não tem a guarda física não se limita a supervisionar a educação dos filhos, mas sim participará efetivamente dela como detentor de poder e autoridade para decidir diretamente na educação, religião, cuidados com a saúde, lazer, estudos, enfim, na vida do filho.

A guarda compartilhada permite que os filhos vivam e convivam em estreita relação com o pai e a mãe, havendo com a coparticipação uma igualdade de direitos e deveres. É uma aproximação da relação materna e paterna, visando ao bem estar dos filhos, são benefícios grandiosos que a nova proposta traz às relações familiares, não sobrecarregando nenhum dos pais e evitando ansiedades, stress e desgastes.

A noção da guarda compartilhada surgiu do desequilíbrio dos direitos parentais e de uma cultura que desloca o centro de seu interesse sobre a criança em uma sociedade de tendência igualitária. A nítida preferência reconhecida à mãe para a guarda, já vinha sendo criticada como abusiva e contrária à igualdade.

A guarda compartilhada busca reorganizar as relações entre pais e filhos no interior da família desunida, diminuindo os traumas do distanciamento de um dos pais.

⁶¹ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Capítulo XI, da proteção da pessoa dos filhos. In: Fiuza, Ricardo (Coord.). Novo Código Civil Comentado. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 1436.

⁶² SALLES, Karen Ribeiro Pacheco Nioac de. Guarda compartilhada. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001, p.91.

*As relações parentais abrangem todo o exercício da autoridade parental, incluindo a guarda, educação, assistência, representação, vigilância e fiscalização, atributos controlados pelo Estado, para proteção integral dos menores.*⁶³

Mesmo com toda essa solução dada no Âmbito do Direito de Família, a guarda compartilhada não está imune a uma profunda e longa conscientização daqueles que trabalham em tal área. Para a aplicação desse instituto faz-se necessário uma constatação do caso. A passagem da teoria à prática só será efetiva após profundos estudos do comportamento humano, sempre em cotejo com os objetivos da norma constitucional protetiva do menor e o caso concreto.⁶⁴

Inobstante as dificuldades que sempre serão enfrentadas na solução consciente e madura da guarda do menor,⁶⁵ é necessária uma decisão baseada em outras ciências, tais como a sociologia e psicologia, para que não se viole o princípio primordial buscado pela lei, qual seja, o melhor interesse do menor. E para isso faz-se necessário uma avaliação de cada família e utilização da mediação para se evitar qualquer mácula pós-conjugal afete os menores e assim haja a perfeita harmonia familiar e o consenso dos pais para o compartilhamento da educação dos filhos.

O art. 1.584, § 2º do Código Civil e a Lei nº 11.698/02 trouxeram a guarda compartilhada como regra. Nesse mesmo entendimento tem sido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE.

1. Ausente qualquer um dos vícios assinalados no art. 535 do CPC, inviável a alegada violação de dispositivo de lei.

2. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais.

3. A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial.

4. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior

⁶³ GUARCIA, José Diogo Leite. Guarda compartilhada: comentários aos artigos 1.583 e 1.584 do código civil com redação dada pela lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008. Bauru, SP: EDIPRO, 2011. p. 31- 33.

⁶⁴ LEIRIA, Maria Lúcia Luz. Guarda compartilhada: a difícil passagem da teoria à prática: a realidade da lei nº 11.698/2008. Revista jurídica. Porto Alegre, v. 59, n. 409, p. 9-25, Nov. 2011.

⁶⁵ LEIRIA, Maria Lúcia Luz. Op. Cit. p. 20

evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso.

5. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole.

6. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta.

7. A custódia física conjunta é o ideal a ser buscado na fixação da guarda compartilhada, porque sua implementação quebra a monoparentalidade na criação dos filhos, fato corriqueiro na guarda unilateral, que é substituída pela implementação de condições propícias à continuidade da existência de fontes bifrontais de exercício do Poder Familiar.

8. A fixação de um lapso temporal qualquer, em que a custódia física ficará com um dos pais, permite que a mesma rotina do filho seja vivenciada à luz do contato materno e paterno, além de habilitar a criança a ter uma visão tridimensional da realidade, apurada a partir da síntese dessas isoladas experiências interativas.

9. O estabelecimento da custódia física conjunta, sujeita-se, contudo, à possibilidade prática de sua implementação, devendo ser observada as peculiaridades fáticas que envolvem pais e filho, como a localização das residências, capacidade financeira das partes, disponibilidade de tempo e rotinas do menor, além de outras circunstâncias que devem ser observadas.

10. A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível - como sua efetiva expressão.

11. Recurso especial não provido.

(REsp 1251000/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/08/2011, DJe 31/08/2011).

Porém a simples imposição da guarda compartilhada as famílias não é viável quando os genitores não mantêm uma relação de civilidade. Para se obter o resultado efetivo buscado pela guarda compartilhada é necessário que a decisão tenha sido tomada em conjunto dos pais, da justiça e das outras ciências necessárias para estabelecer um relacionamento familiar espontâneo, caso contrário, a guarda compartilhada não será uma evolução e não apresentará diferença alguma em relação à guarda única ou até mesmo um simples direito de visita.

Para melhor análise do conteúdo da guarda compartilhada, amparada no perfil sociológico da família, notoriamente solidarista, e na interpretação civil-constitucional, é *mister* estudar todos os aspectos que envolvem o dever de assistir, criar e educar os filhos, em razão da relevância já exposta.

Para uma melhor elucidação da guarda compartilhada faz-se necessário uma breve análise desta no direito estrangeiro.

O que se constata é que a guarda compartilhada é um modelo importado de outros países, em que o poder familiar se finda com a separação, divórcio ou dissolução da união estável dos genitores. Sua implementação ocorreu no direito pátrio sem avaliar seu real cabimento. O que deve verdadeiramente privilegiar, em vista disso, é o poder parental, o que não acontece em outros ordenamentos jurídicos, como o da Itália. Assim, com escopo de se verificar as efetivas diferenças estruturais nos ordenamentos jurídicos, o que permite avaliar a necessidade de busca conhecer e compreender alguns ordenamentos estrangeiros.⁶⁶

2.1. APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA NA LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA

Analisaremos a presença conjunta do poder paternal em ordenamentos jurídicos vigentes em outros países, para que se possa proceder a uma análise mais ampla deste instituto pelo mundo. As diferentes soluções atribuídas nos países têm aspectos diversos, fundamentadas nas variedades culturais, desenvolvimento socioeconômico e intelectual, modelo de legislação⁶⁷, dentre outros fatores, e por isso, desde já esclareço que não se trata de um modelo comparativo, mas sim exemplificativo, abrangendo linhas gerais do instituto da guarda compartilhada nos ordenamentos da França, Estados Unidos, Portugal, Alemanha e Itália.

A noção de guarda conjunta surgiu na *Common Law* do Direito Inglês, com a denominação de *joint custody*. Estendeu-se à França e ao Canadá, firmando jurisprudência em suas províncias e espalhando-se por toda a América do Norte. O termo *custody* equivale ao poder familiar do nosso Direito Civil. Assim, no Direito inglês a atribuição de custódia (*custody*) confere ao seu titular um conjunto de direitos que se assemelha ao poder familiar.⁶⁸

⁶⁶ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A (des)necessidade da guarda compartilhada. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coord.). Guarda compartilhada. São Paulo: Método, 2009. p. 21-23.

⁶⁷ GUARCIA, José Diogo Leite. Guarda compartilhada: comentários aos artigos 1.583 e 1.584 do código civil com redação dada pela lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008. Bauru, SP: EDIPRO, 2011. p. 80.

⁶⁸ SILVA, Ana Maria Milano. A Lei sobre Guarda compartilhada. 3.ed. São Paulo: J.H Mizuno, 2012. p. 80.

2.1.1. Guarda compartilhada na França

A França foi o primeiro país em que surgiu uma lei sobre guarda compartilhada, harmonizando as decisões jurisprudenciais com o Código Civil francês vigente. Chamada de “Lei Malhuret”, nome do então Secretário de Estado dos Direitos Humanos, editada em 22 de julho de 1987, sob número 87.570/87, alterou o art. 128 daquela codificação legal e estabeleceu que a autoridade parental deve ser exercida pelo casal a quem, divorciado ou não, compete reger e determinar os detalhes da vida cotidiana dos filhos.⁶⁹

Na França não é necessário para o exercício conjunto o acordo das partes, no entanto, é obrigatório que seja fixada a residência do menor com um dos pais.⁷⁰ Se o casal se separa, o exercício da guarda tanto pode ser exclusivo a um dos pais, concedendo-se ao outro o direito de visita, ou compartilhado por ambos.⁷¹

Apesar de ter substituído o termo “guarda” por “autoridade parental”, com a nítida intenção de realçar uma autoridade que compete aos pais, a expressão “guarda conjunta” tradução literal de *joint custody*, impôs-se na maioria dos países que adotam a nova tendência.

2.1.2. Guarda compartilhada nos Estados Unidos

Nos Estados Unidos é um pouco complicado estudar a respeito da guarda compartilhada, pois os Estados adotam modelos próprios dentro de sua jurisdição, ou seja, cada estado a prevê à sua maneira, uns aderem a uma preferência, outros a uma mera possibilidade. Podemos, no entanto, dizer que esse modelo já é utilizado em diversos destes estados, como no Colorado, Califórnia e Colúmbia.⁷²

A guarda compartilhada é patente nos Estados Unidos, sendo comum a ampla divulgação aos pais das características desse tipo de guarda e informações úteis, como: escolha de advogado (o que se exigir dele, características profissionais,

⁶⁹ GANANCIA, Daniele. Justiça e mediação familiar: uma parceria a serviço da coparentalidade. Revista do Advogado. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, n. 62, março/2001, p. 11.

⁷⁰ TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional. Revista Trimestral de Direito Civil, v. 17. Rio de Janeiro: Padma, p. 43

⁷¹ SILVA, Ana Maria Milano. A Lei sobre Guarda compartilhada. 3.ed. São Paulo: J.H Mizuno, 2012. p. 80.

⁷² GUARCIA, José Diogo Leite. Guarda compartilhada: comentários aos artigos 1.583 e 1.584 do código civil com redação dada pela lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008. Bauru, SP: EDIPRO, 2011. p. 82.

listas de advogados por área de atuação), as leis de cada estado a respeito do tema, grupos de auto-ajuda. Além de programas de educação para pais, em 40 estados americanos, que os auxiliam a enfrentar a nova sistemática familiar.⁷³

A Corte Superior do Distrito de Colúmbia não tem autoridade para impor a guarda compartilhada, mas a prática corrente é a de aceitar esse modelo, sempre que os pais o sugerirem. Esse procedimento é parecido com o de vários outros estados onde se requer prévio acordo entre os pais (através da mediação), antes que a corte delibere sobre a aplicação da guarda compartilhada.⁷⁴

O procedimento dos juízes do Distrito de Colúmbia é o seguinte: a primeira consideração é se a guarda compartilhada será para tender o melhor interesse dos filhos, caso contrário, o juiz terá prerrogativa de determinar esse tipo de guarda, mesmo que não haja consenso ou expresso desejo dos pais. Além disso, a Corte tem a liberdade de, em qualquer tipo de guarda, determinar que cada genitor lhe submeta um plano detalhado de como pretende criar o filho, de designar o genitor que ficará encarregado de tomar as decisões principais a respeito do filho, de estabelecer parâmetros para modificar ou tirar uma guarda já outorgada. Também entende a Corte que a guarda conjunta não funcionará quando os pais estiverem brigando constantemente e se mostrarem incapazes de fazer acordo de cooperação entre si.

2.1.3. Guarda compartilhada em Portugal

Portugal batizou a guarda compartilhada como “guarda conjunta”, e mesmo antes de legislação pertinente ao tema, os tribunais portugueses já admitiam o exercício comum do poder paternal, possibilitando a estes decidirem juntamente sobre questões relativas aos filhos. E apenas em 1999 que o código civil de Portugal recebeu a emenda que privilegiou a guarda compartilhada, elevando-a a categoria de lei.⁷⁵

Além da previsão normativa, existe em Portugal a “associação pais para sempre”, uma instituição particular de solidariedade social, com sede em Lisboa, que tem como objetivo assegurar às crianças e aos pais a regularidade, o significado e a

⁷³ SILVA, Ana Maria Milano. Op. Cit. p. 84.

⁷⁴ SILVA, Ana Maria Milano. A Lei sobre Guarda compartilhada.3.ed. São Paulo: J.H Mizuno, 2012. p. 84.

⁷⁵ SILVA, Ana Maria Milano. Op. Cit. p. 86-87.

continuidade dos contatos dos filhos com os seus dois pais com o restante da família.

2.1.4. Guarda compartilhada na Alemanha

Até 1982, o direito alemão possuía uma lei em que a guarda dos filhos deveria basear-se no interesse dele mesmo e dava preferência ao exercício unilateral desta. Porém, ao ser submetida a Corte Institucional Europeia de Direitos Humanos a regra alemã foi considerada inconstitucional, pois o Estado não pode impossibilitar os pais, capazes e depois de divorciados, a exercerem a guarda dos filhos conjuntamente, só podendo intervir quando esta modalidade não atender ao superior interesse da criança e do adolescente.⁷⁶

A sentença da Corte Europeia, a Elsholz, de 13 de julho de 2000, que condenou a Alemanha e demonstrou que quaisquer que sejam as leis nacionais, o melhor interesse da criança deve preponderar. Atualmente não há necessidade, na Alemanha, de uma decisão sobre guarda em caso de divórcio. O tribunal só se manifesta se um dos pais apresenta um pedido para ser só ele o detentor da guarda, tendo então de aferir os motivos desse pedido.⁷⁷

2.1.5. Guarda compartilhada na Itália

No direito italiano, a regulamentação da guarda ocorre de forma bastante diferente do Brasil. Lá ambos os genitores eram titulares do poder familiar enquanto permanecessem casados, exercendo-os conjuntamente. Mas quando ocorria a ruptura do vínculo conjugal, a guarda dos menores era atribuída a apenas um dos genitores, a consequência era a perda do poder familiar pelo genitor não-guardião.

Ou seja, a titularidade permanecia após a separação, divórcio ou a anulação do casamento, porém seu exercício era conferido apenas ao genitor a quem o filho e confiado. Restando ao genitor não-guardião apenas o poder de controle dos atos do genitor guardião, além de opinar nas decisões de maior importância referente ao

⁷⁶ GUARCIA, José Diogo Leite. Guarda compartilhada: comentários aos artigos 1.583 e 1.584 do código civil com redação dada pela lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008. Bauru, SP: EDIPRO, 2011. p. 84.

⁷⁷ SILVA, Ana Maria Milano. A Lei sobre Guarda compartilhada. 3.ed. São Paulo: J.H Mizuno, 2012. p. 90.

filho, requerer ao juiz quando o guardião tomava decisões que julgava serem prejudiciais ao menor, bem como atos de administração extraordinária.⁷⁸

Portanto, na Itália, onde não existia a manutenção do poder familiar com o fim do vínculo conjugal, o instituto da guarda compartilhada faz todo sentido, já que nesse ordenamento a guarda atrai o poder familiar ao genitor não guardião.

Conforme se observa o modelo da guarda compartilhada foi importado de outros países e implementada no direito pátrio sem avaliar seu real cabimento, pois nos ordenamentos dos países estrangeiros o instituto em questão não alcançou sua efetividade pela mera previsão normativa, mas pelo contexto histórico que cada país teve até alcançá-lo e principalmente pelas medidas paralelas utilizadas para que o melhor interesse do menor fosse garantido, tais como uma preparação específica dos profissionais envolvidos na área sobre os entraves emocionais e psicológicos da família, e o acompanhamento dessas por profissionais de outros ramos de ciência, como a psicologia, psiquiatria e pedagogia.

2.2. A PROBLEMÁTICA DA GUARDA COMPARTILHADA EM FACE DOS ASPECTOS PSICOLÓGICOS

A maturidade que os pais ao optarem pela guarda compartilhada deve ser entendida não como uma obrigação de cuidado exercido por cônjuges, mas como genitores dos filhos. Apesar dos laços afetivos terem cessado os cuidados para com os menores deve ser preservado.

É uma postura que exige pensamento, reflexão. É uma perspectiva que requer articulação, debate de idéias. Com certeza, não é para todos. O que nos leva a ressaltar é que a guarda compartilhada é uma opção muito interessante, porém não é adequada para a população em geral.⁷⁹

Não obstante a nítida evidência das vantagens que a guarda compartilhada trás a perpetuação do convívio entre pais e filhos, também há casos que a aplicação do instituto se mostra mal sucedida resultando até em um fracasso definitivo.

⁷⁸ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A (des)necessidade da guarda compartilhada. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coord.). Guarda compartilhada. São Paulo: Método, 2009. p. 28-34.

⁷⁹ WEISS, Telma Kutnikas Guarda compartilhada: um olhar psicanalítico. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coord.). Guarda compartilhada. São Paulo: Método, 2009. p.361.

⁷⁹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Op. Cit. p. 24

O propósito desse capítulo é justamente, destacar dentre um enorme numero de fatores, os de natureza psicológica, nem sempre manifestamente claros, mas que exercem uma influência decisiva na utilização do emprego legal da guarda compartilhada.

A teor do acima descrito é importante que façamos algumas observações, destacando a opinião de David Zimerman, médico Psiquiatra e psicanalista didata em Porto Alegre, em suas experiências em atendimento psicanalítico.

Em minha experiência psicanalítica, quer no atendimento individual de um dos cônjuges, que no atendimento sistemático de casais que, comumente, estão porfiando, o maior risco que acompanha o divórcio de um casal com filhos menores é aquele que acontece quando tanto o pai quanto a mãe, ou ambos, sejam pessoas emocionalmente complicadas. Assim, pode ocorrer que eles mantenham, de forma já cronificada, uma relação “amorosa”, de características sádico-masoquistas, ou seja, se agridem reciprocamente (comumente de forma verbal, porém, não raramente, também de forma física), com uma progressiva deterioração do vínculo. Essa última situação costuma vir acompanhada de sentimentos de ódio – principalmente por parte de quem foi rejeitado(a) – e, conseqüentemente, com anseios de vingança. O risco maior, antes aludido, consiste exatamente no fato de que a vingança mais comum é aquela na qual o casal continua brigando, só que agora, que estão fisicamente separados, a briga continua se processando por meio dos filhos.⁸⁰

Acrescenta também que as consequências podem ser funestas e quanto mais novos os filhos na época da separação maior será as consequências para estes menores, pois serão criados e em um ambiente familiar extremamente litigioso. O maior entrave, porém, não é apenas a guarda dos filhos em si, mas toda a situação fática ocorrida no fim da união conjugal, em que os filhos menores são utilizados com vingança, sob a forma principal de um cônjuge denegrir a imagem do outro com a pior adjetivação possível.

A consequência mais deletéria é que a imagem de um ou dos dois genitores constantemente enxovalhada provoca é um sério prejuízo no fenômeno primacial de construção de um modelo feminino ou masculino ou até mesmo um modelo transgeracional, que consiste em uma patogenia que se repete, nas relações futuras desses filhos com seus próprios filhos, com a mesma característica dos

⁸⁰ ZIMERMAN, David. Aspectos psicológicos da guarda compartilhada. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coord.). Guarda compartilhada. São Paulo: Método, 2009. p. 107.

conflitos familiares de seus pais, se perpetuando em uma longa continuidade de sucessivas gerações.⁸¹

Ressalta David Zimerman que⁸²:

Também existe a alta possibilidade de os pais, neste estado beligerante, criarem no filho um “conflito de lealdade”. Neste caso, além do papel atribuído ao filho de ele vir a se comportar como um “pombo-correio”, que transporte mensagens de um genitor para outro, ele também deve omitir, às vezes mentir, fato que gera culpas no filho (...).

As culpas que então surgem podem contribuir para a instalação de um estado depressivo na criança – futuro adulto -, que pode levar a comportamento masoquista, assim, inconscientemente, sabotando as suas possibilidades que aparecem tanto no plano amoroso quanto no social e profissional, sob a égide de um sentimento de imerecimento de poder levar uma melhor qualidade de vida do que a que seus pais tiveram, ou que ainda têm.

Essas situações conflituosas na família ocorrem em qualquer tipo de guarda, sempre que um dos genitores, ou ambos, não possui equilíbrio psicológico para lidar com o fim do seu próprio relacionamento e usa os filhos como meio de ódio e vingança, prevalecendo o lado irracional em detrimento de esclarecimentos lógicos de amigos, familiares, psicoterapeutas e advogados.

Observada essa análise psicológica verificamos que um dos instrumentos possíveis que podem minimizar essa situação prejudicial para a família e especialmente as crianças e os adolescentes é a busca por ajuda terapêutica com intenção de salvar a preservação do casamento ou ao menos concretizar uma separação definitiva, porém com recíproco respeito e mútua consideração.

No âmbito jurídico, vê-se a necessidade de um trabalho de esclarecimento junto a advogados, juízes e demais participantes da área jurídica que exerçam uma importante função de avaliação e de influência na aplicação da guarda compartilhada, pois o sucesso da aplicação desse instituto depende de vários elementos, dentre eles, especialmente o bom convívio físico e psicológico da família.

É necessária a presença de mediadores para conduzir o casal recém-separado a prosseguir seguir sua vida separadamente sem que isso gere traumas aos filhos, e para isso os profissionais devem estar preparados e conscientes dos aspectos emocionais que predominam entre o casal.

⁸¹ ZIMERMAN, David. Aspectos psicológicos da guarda compartilhada. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coord.). Guarda compartilhada. São Paulo: Método, 2009. p. 103-112.

⁸² ZIMERMAN, David Op. Cit. p. 108-109.

David Zimerman expõe sobre os grupos de reflexão e sua forma de prestar esclarecimentos aos envolvidos:

Os referidos grupos de reflexão consistem na possibilidade de que se forme um grupo de advogados, ou de juízes, ou de outros participantes da esfera jurídica, numa média de seis a dez pessoas interessadas em esclarecer os aspectos psicológicos sadios e os patológicos que estão embutidos no casal em situação de separação. Como o próprio nome sugere, este tipo de grupo visa propiciar aos participantes a oportunidade de desenvolverem a capacidade para refletir, com maior profundidade e senso crítico, sobre as particularidades específicas de cada situação em separado. O grupo pode se reunir semanalmente, ou quinzenalmente, ou num outro ritmo que seja consensual entre os participantes, durante um determinado tempo, com a participação de um coordenador, que pode ser experimentado psicanalista, psiquiatra, psicólogo ou um advogado com adequado treinamento como mediador. O funcionamento do grupo consiste em que, voluntariamente, algum participante relate uma situação prática, na qual ele esteja com grandes dúvidas, as quais serão debatidas com os demais participantes que passam ou já passaram por situações semelhantes, com a participação concomitante do coordenador, que fará os comentários esclarecedores daquilo que está se passando no psiquismo dos pais, em relação a eles, e deles com os filhos. Quando os pais forem excessivamente complicados, deve ser levada em conta a possibilidade de motivá-los a que cada um faça um acompanhamento psicoterápico, para o bem deles e, especialmente, de seus filhos.⁸³

Nota-se que a simples estipulação de lei estabelecendo a guarda compartilhada como um modelo a ser adotado não é suficiente para que alcancemos o objetivo de resguardar o direito dos filhos a perpetuação do convívio saudável com os genitores e ao respeito ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Para que o fim buscado seja efetivo devemos repensar novas formas de se alcançar um convívio familiar harmonioso. Esse Grupo de Reflexão sugerido pelo autor citado se mostra uma maneira alternativa e interessante se ter decisões verdadeiramente efetivas no âmbito do direito de família, e principalmente no âmbito do instituto da guarda.

⁸³ ZIMERMAN, David. Aspectos psicológicos da guarda compartilhada. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coord.). Guarda compartilhada. São Paulo: Método, 2009. p. 111.

3. A APLICAÇÃO AINDA CAUTELOSA DA GUARDA COMPARTILHADA PELO JUDICIÁRIO

Cabe lembrar que a Carta Constitucional, por meio do seu art. 227, § 6º, estabeleceu que todos os filhos são iguais, qualquer que seja sua origem. Se a separação dos pais acarretar algum impacto na prole, será o mesmo para todos os filhos, de forma equânime. O poder familiar subsiste enquanto os filhos forem menores, pelo simples fato de serem filhos, ou seja, em decorrência da parentalidade, seja ela estabelecida de que forma for, não é a relação entre os pais que alteraria o vínculo parental. Afinal, o exercício da autoridade parental, que não se altera com a separação dos pais, deve ser assumido por ambos os pais, principalmente no que se refere às principais decisões da vida da criança ou do adolescente.⁸⁴

Waldyr Grisard Filho opina que o divórcio não afeta os direitos e deveres recíprocos entre os filhos, embora haja um desdobramento da guarda, em que tal direito é atribuído, em regra, a um dos pais e o de visita ao outro. Essa desvinculação acarreta, por consequência, um enfraquecimento do poder familiar do genitor não-guardião, que se vê impedido do amplo exercício do seu direito, com a mesma intensidade e em medida similar ao genitor-guardião.⁸⁵

Gustavo Tepedino aponta a opção sistemática do código civil de 2002, que privilegiou o poder parental em detrimento da guarda, o que reforça, mais uma vez, a afirmação de que a guarda implica pequenos aspectos do poder familiar, se comparados ambos os institutos. O instituto da guarda recebe referência legislativa incidental, na seara da separação e do divórcio, sem disciplinar em que consiste seu conteúdo. No que tange à autoridade parental, esta recebe tratamento específico ao tratar da filiação, consagrando-lhe o código civil seção própria. Estaria a guarda mais atrelada aos aspectos psicológicos, comportamentais, de personalidade e temperamento de cada genitor após a separação conjugal.⁸⁶

⁸⁴ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A (des)necessidade da guarda compartilhada. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coord.). Guarda compartilhada. São Paulo: Método, 2009. p. 21-23.

⁸⁵ GRISARD, Waldyr Filho. Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. 2. Ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2002, p 78.

⁸⁶ TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da guarda e da autoridade parental na ordem civil-constitucional. Disponível em: <<http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca8.pdf>>. Acesso em 10 de maio de 2013.

Conforme se analisou, no ordenamento brasileiro não há a perda do poder familiar em relação ao genitor não-guardião com o advento do fim da sociedade conjugal, cabendo aos pais, igualmente, exercerem seus deveres de educar e assistir os filhos menores. A guarda compartilhada prevê exatamente o compartilhamento desses deveres, trata-se da convergência para uma mesma finalidade educativa, como preceitua o art. 1.583, § 1º, parte final, do Código Civil (modificado pela Lei nº 11.698/2008), que conceitua guarda compartilhada como “a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não viçam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns”, ou seja, do exercício do poder familiar.⁸⁷

Assim, não obstante a desnecessidade do instituto, se os genitores não conseguirem acordar sobre o que significa o melhor para o filho, a decisão deve ser tomada pelo juiz, que irar considerar outros tipos de guarda que atendam de uma melhor maneira os interesses da criança e do adolescente e não o modelo prioritário da guarda compartilhada.

A criação desse modelo prioritário pode levar o julgador a aplicar a legislação sem analisar o que é de fato o melhor interesse da criança e do adolescente, e assim, omitir considerações que devam ser feitas em relação aos menores e agravar os problemas práticos que obstam o crescimento equilibrado destes.

Logo esta guarda não deve ser aplicada automaticamente, sem uma análise da situação no menor no contexto da dissolução sobre as questões mais relevantes aos filhos, além de circunstâncias objetivas que permitam uma gestão pacífica no exercício dividido dos poderes-deveres pelos pais e que, de fato, represente o efetivo interesse dos filhos.

Outro significativo problema da lei refere-se ao art. 1.584, § 4º, do Código Civil, o qual estabeleceu que “a alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusiva quanto ao número de horas de convivência com o filho”.

⁸⁷ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A (des)necessidade da guarda compartilhada. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coord.). Guarda compartilhada. São Paulo: Método, 2009. p. 35.

A sanção para o genitor que desobedece ao avençado pelas partes ou determinado pelo juiz, sem nenhuma razão plausível, é a diminuição das “prerrogativas” que lhe são atribuídas, inclusive o tempo de convívio com o filho. Em última instância, trata-se de um raciocínio que visa punir o genitor sem cogitar se esta é a medida que melhor condiz com os interesses do filho. Na verdade, tanto a fixação da guarda quanto todas as modificações posteriores devem ocorrer, sempre, em benefício dos filhos menores, irrestritamente, tendo em vista que foram alvo de tutela privilegiada pela Constituição Federal, exatamente em razão de sua vulnerabilidade, inerente à idade.⁸⁸

3.1. MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO PARA A CONSTRUÇÃO DE UM ACORDO PARENTAL SUSTENTÁVEL

A mediação é uma maneira amigável de gestão de conflitos e consiste na livre autodeterminação das pessoas conflitantes na co-construção de possíveis caminhos para a condução do conflito. Este processo é conduzido por um terceiro neutro, facilitador da comunicação e consenso entre as partes, o mediador⁸⁹.

Águida Arruda Barbosa⁹⁰ define a mediação familiar como sendo:

a intervenção de uma equipe multiprofissional, nos conflitos de família, que dispõe de técnicas de especialização interdisciplinar, para entender o sofrimento, conter a angústia, acompanhar a decisão e ajudar na organização da separação, por meio de uma integração do saber.

Não é a pretensão do presente trabalho analisar, a fundo, o instituto da mediação. Apenas será feita uma correlação entre guarda compartilhada e a sua melhor aceitação e aplicação pelo casal parental e explanar o trabalho da mediação interdisciplinar como método disponível para prestar apoio aos pais na busca de um modelo ideal de compartilhamento do convívio com os filhos, após a ruptura da célula familiar.⁹¹

A mediação nasce como transdisciplina, pois é fruto de vários saberes de outras ciências que, juntos, constituem um novo paradigma de abordagem de

⁸⁸ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A (des)necessidade da guarda compartilhada. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coord.). Guarda compartilhada. São Paulo: Método, 2009. p. 37.

⁸⁹ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. Guarda compartilhada: a mediação como instrumento para a construção de um acordo parental sustentável. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coord.). Guarda compartilhada. São Paulo: Método, 2009. p. 143.

⁹⁰ BARBOSA, Aguida Arruda. O direito de família e a mediação familiar. In: Caderno de estudos nº 1. p. 29-30)

⁹¹ SILVA, Ana Maria Milano. A Lei sobre Guarda compartilhada. 3.ed. São Paulo: J.H Mizuno, 2012. p. 164.

conflito. E quem é o mediador? É um terceiro neutro que, devidamente capacitado, atua como o gestor do conflito, conduzindo as partes nessa arte de construir seu próprio caminho rumo à pacificação do conflito.⁹²

Na verdade, a mediação familiar, que pode ser realizada por multiprofissionais, não tem como finalidade a reconciliação ou modificação das decisões tomadas pelos cônjuges. O que se busca é o gerenciamento do conflito familiar, fazendo com que o casal possa lidar com a separação e o divórcio de modo colaborativo e não competitivo, na tentativa de atenuar as dores que naturalmente surgem nesse momento.⁹³

O que se busca com a mediação familiar é possibilitar ao casal a descoberta dos motivos que os levaram à dissolução da relação e, a partir daí, buscar a solução para as questões inerentes à separação, a saber: a partilha do patrimônio, o sustento e, principalmente, o bem-estar dos filhos.⁹⁴

O mediado deve fazer parte dessa busca por solucionar conflitos juntamente com uma equipe interdisciplinar, não só nas questões relativas à regulamentação da guarda compartilhada, mas também nas questões relativas ao exercício do poder familiar e suas decorrências.

Resumidamente e nos atendo a características principais, temos o modelo Tradicional-Lineal (Harvard), que com técnicas de negociação pontua o conflito por meio da comunicação linear com um único objetivo, a obtenção de acordo. O modelo Transformativo (Bush & Folger) desenvolve uma atividade mediativa que busca a transformação do conflito, ou seja, o importante para essa linha é que as partes, por meio da mediação, modifiquem sua relação e transformem o conflito, podendo ou não haver um acordo. O modelo Circular-Narrativo (Sara Cobb) se alimenta das técnicas de terapia familiar sistêmica e da teoria da comunicação das pessoas e modificação do significado do conflito real, busca a construção de um

⁹² LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. Guarda compartilhada: a mediação como instrumento para a construção de um acordo parental sustentável. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coord.). Guarda compartilhada. São Paulo: Método, 2009. p. 145.

⁹³ FREITAS, Gilberto Oliveira; OLIVEIRA Jorgevandro Chaves de. Mediação familiar. *Justilex*, Ano V, n. 51, p. 51-55, mar. 2006.

⁹⁴ FREITAS, Gilberto Oliveira; OLIVEIRA Jorgevandro Chaves de. Mediação familiar. *Justilex*, Ano V, n. 51, p. 51-55, mar. 2006.

acordo, muito embora de uma maneira menos intensa do que a escola de Harvard, pois não é esse seu objetivo primordial.⁹⁵

Giselle Groeninga⁹⁶, psicoterapeuta, psicóloga e mediadora explana sobre o conflito da mediação:

Dependendo da visão do conflito daremos a este um tratamento diferente, assim como disto também dependerá nosso posicionamento em relação ao sofrimento que se nos apresenta. A formação em mediação permite o conhecimento dos vários níveis, formas e limites em abordar o conflito e com isto uma maior abrangência, menos reducionismo e possibilidade de cronificação. Permite também o reconhecimento de suas possibilidades transformadoras.

Sabemos que o conflito no âmbito familiar é um dos mais complexos, pois seus protagonistas estão ligados por laços sentimentais. E as questões psicológicas permeiam as questões jurídicas, e muitas vezes são de difícil solução justamente por encontrarem uma barreira no âmbito psicológico. A família esta doente e o auxílio profissional é muito eficaz para restabelecer o equilíbrio das emoções e, conseqüentemente, a paz nas relações jurídicas.⁹⁷

Águida Arruda Barbosa⁹⁸ enfatiza:

Não se pretende que o Direito de Família se substitua à psicoterapia, mas seria redução imperdoável em suas virtualidades concebê-lo ao praticá-lo com exclusão do aconselhamento preventivo reparatório, assim como da mediação extrajudicial.

Como a maior desvantagem da aplicação da guarda compartilhada é a falta de diálogo entre os pais, ainda ressentidos e portadores de rancor pelo fracasso do casamento, fato esse que impediria qualquer possibilidade de atuação conjunta do poder familiar, sem dúvida a mediação se torna um caminho a ser pelo menos tentado, para restabelecer a comunicação entre eles, essencial para que continuem atuar não mais como cônjuges, mas como pais que serão para sempre.⁹⁹

⁹⁵ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. Guarda compartilhada: a mediação como instrumento para a construção de um acordo parental sustentável. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coord.). Guarda compartilhada. São Paulo: Método, 2009. p. 146

⁹⁶ GROENINGA, Giselle. Curso de direito e família – mediação familiar. Instituto das advogadas de são paulo. Junho, 1999

⁹⁷ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. Guarda compartilhada: a mediação como instrumento para a construção de um acordo parental sustentável. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coord.). Guarda compartilhada. São Paulo: Método, 2009. p. 144.

⁹⁸ BARBOSA, Águida Arruda. Mediação: a clinica do direito. Revista do Advogado. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, n 62, março/2001, p. 42.

⁹⁹ SILVA, Ana Maria Milano. A Lei sobre Guarda compartilhada.3.ed. São Paulo: J.H Mizuno, 2012. p. 171.

É sob essa ótica que Giselle Groneninga¹⁰⁰ enaltece a mediação como instrumento que ajuda na manutenção do par parental, mesmo que não mais exista o par conjugal:

A mediação tem sido difundida como forma de proteção às crianças, sendo frequentemente invocada, nos países que já a adotaram, com método que ajuda na elaboração do luto da separação, de modo a que os pais possam manter o par parental depois de separado o par conjugal. Sem resultados têm sido animadores e sua utilização fortemente recomendada.

Para Vezzulla, citado por Sangalli¹⁰¹, a mediação divide-se nas seguintes etapas:

- a primeira é destinada a conhecer as partes, estabelecer um contrato, explicitar a forma de trabalho, organização de regras como: respeitabilidade mútua e igualdade de oportunidades;
- a segunda fase compreende a escuta do conflito observando também a linguagem para-verbal;
- a terceira fase, configura-se o problema, possibilitando assim o resumo do conflito emergente e sua ordenação;
- a quarta fase, busca descobrir os problemas ainda ocultos, que estão latentes, os pertinentes ao conflito, e clarificá-los;
- a quinta fase dedica-se à geração de ideias de uma forma lúdica, possibilitando às partes levantar qualquer hipótese em rumo à resolução;
- a sexta e última fase, engloba a elaboração de um acordo, ou a formalização do que foi feito na fase anterior. O acordo deve conter, em linguagem simples, todos os aspectos acordados mutuamente e a forma de execução, sendo sumariamente assinados pelas partes e pelo mediador.

Fernanda Rocha Levy¹⁰², conclui seu estudo considerando viável a inserção da mediação como ser um grande recurso a ser utilizado nas questões familiares, em especial nas disputas pela guarda de filhos, e pode perfeitamente encontrar-se inserida na regra do § 3º do art. 1.584 do Código Civil: “Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar”.

¹⁰⁰ GROENINGA, Giselle. Do interesse à criança ao melhor interesses da criança – contribuições da mediação interdisciplinar. Revista do Advogado. São Paulo: Associação dos advogados de São Paulo, n. 62, março/2001, p. 81.

¹⁰¹ SANGALLI, Tatiana. Trabalho piloto em Mediação para casais com pedido de separação litigiosa em uma instituição de ensino jurídico: um estudo de aplicabilidade. III Congresso Ibero-Americano de Psicologia Jurídica. São Paulo, p.368-372, 1999.

¹⁰² LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. Guarda compartilhada: a mediação como instrumento para a construção de um acordo parental sustentável. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coord.). Guarda compartilhada. São Paulo: Método, 2009. p. 144

A mediação é um meio eficaz de condução de conflitos, porque a solução para o impasse é construída pelo acordo consciente dos envolvidos no conflito, pois o consenso a que chegaram não foi ditado por terceira pessoa, Evoca a responsabilidade das partes e, portanto, tem maior chance de sustentabilidade ao longo prazo.¹⁰³

Entendemos que o sucesso da mediação está em promover uma mudança positiva do conflito, ainda que o acordo em si não tenha sido alcançado. Se estabelecido o acordo, este é redigido pelos advogados e homologado judicialmente.¹⁰⁴

3.2. POSICIONAMENTO JUDICIAL SOBRE À GUARDA COMPARTILHADA

Em seu livro “A lei sobre guarda compartilhada”¹⁰⁵ Ana Maria Milano Silva procedeu alguns contatos com juízes da área de família e representantes do Ministério Público para saber o posicionamento destes a respeito da aplicação da guarda compartilhada.

Em síntese, os entrevistados responderam que para a aplicação da guarda compartilhada verificam com cautela:

- *como condição essencial para o deferimento da guarda compartilhada: o relacionamento amigável entre os pais;*
- *em cidades interioranas, devido à mentalidade das partes, é difícil para os casais saberem lidar com a guarda compartilhada;*
- *não determinaria, por sentença, a guarda compartilhada para casais em processo litigioso de separação;*
- *o interesse dos menores deve permanecer como prioritário; por isso, cada caso deve antes ser analisado para a verificação de suas peculiaridades;*
- *o perigo de a guarda compartilhada ‘não dar certo’ é maior quando está no mundo legal;*
- *apesar de a lei dispor que o magistrado deve colocar em evidência as vantagens da guarda compartilhada, não se levantaria esta alternativa, a não ser que as partes a propusessem;*

¹⁰³ SILVA, Ana Maria Milano. A Lei sobre Guarda compartilhada.3.ed. São Paulo: J.H Mizuno, 2012. p. 169.

¹⁰⁴ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. Op. Cit. p. 145.

¹⁰⁵ SILVA, Ana Maria Milano. A Lei sobre Guarda compartilhada.3.ed. São Paulo: J.H Mizuno, 2012. p. 183-251.

- a guarda compartilhada, teoricamente, é a ideal para os filhos cujo genitores estão se separando, mas quando os pais se entendem não há necessidade de regulamentação legal sobre a guarda dos filhos. Não havendo necessidade da lei, é eficaz, sendo que, uma vez no mundo jurídico, ela perde essa eficácia. Ou seja, se os pais já se dão bem, a lei nem seria necessária.¹⁰⁶ (grifo nosso)

Observando os posicionamentos acima, nota-se que ainda é cedo para garantir a aplicação da nova lei de guarda compartilhada como o melhor modelo, já que tanto os magistrados como os membros do Ministério Público se mostram resistentes e não acreditam nas vantagens da guarda compartilhada.¹⁰⁷

A maioria das decisões judiciais entendem que a guarda compartilhada somente é viável quando os genitores mantêm uma relação amistosa entre si, conforme as decisões a seguir transcritas:

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. APELAÇÃO. AÇÃO VISANDO A OBTENÇÃO DE GUARDA UNILATERAL PELA GENITORA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIAL QUE FIXA GUARDA COMPARTILHADA. MANUTENÇÃO. SOLUÇÃO QUE MELHOR ATENDE AO INTERESSE DA CRIANÇA. RESPEITO À SITUAÇÃO VIVENCIADA. GARANTIA DE AMPLA CONVIVÊNCIA COM AMBOS OS NÚCLEOS FAMILIARES. APELO DO GENITOR VISANDO OBTER A GUARDA UNILATERAL. ALEGAÇÃO DE INCAPACIDADE ECONÔMICA DA GENITORA. IMPERTINÊNCIA. RELAÇÃO DE AFETO COM A FAMÍLIA PATERNA. CIRCUNSTÂNCIA PRESTIGIADA PELA GUARDA COMPARTILHADA

1. A guarda do filho comum de pais que não coabitam, deve ser exercida de forma unilateral ou compartilhada, nos termos do art. 1.583 do Código Civil.

2. Por força do disposto no art. 1.584, §2º, do Código Civil, o poder judiciário deve sempre aferir, com prioridade, a possibilidade de ser aplicada a guarda compartilhada, ficando a guarda unilateral reservada apenas para hipóteses em que um dos genitores não tem condições de exercer o encargo, ou quando houver circunstância impeditiva.

3. No caso dos autos a guarda compartilhada é a solução que melhor atende aos interesses da menor, pois ambos os genitores mostraram condições ao exercício do poder familiar, o compartilhamento foi estabelecido na forma já vivenciada pela criança, bem como por permitir a convivência diária da menor com ambos os genitores e demais familiares paternos e maternos, o que foi considerado benéfico ao seu desenvolvimento pelo estudo psicossocial.

4. Não merece reforma a r. sentença de primeiro grau, que estipulou a guarda compartilhada observando a situação concreta da menor e de seus genitores, em atenção às conclusões do laudo psicossocial, com fulcro no art. Art. 1.584, §3º, do Código Civil.

¹⁰⁶ SILVA, Ana Maria Milano. Op. Cit. p. 180-181.

¹⁰⁷ Idem. p. 181.

5. O fato de a recorrida trabalhar em um quiosque de lanches não reduz a dignidade de seu labor, nem traz risco à criança que permanece com a família paterna no horário de trabalho da genitora.

6. É irrelevante a alegação de que a apelada não possui condições financeiras de custear as necessidades da criança, uma vez que os rendimentos auferidos pelos litigantes são economicamente equivalentes, sendo certo que a responsabilidade para com o custeio das despesas necessárias à sua criação é de ambos os pais.

7. A boa relação mantida pela criança com a família paterna também não é motivo para obstar a guarda compartilhada, que teve como um de seus fundamentos justamente permitir e incentivar o convívio da menor com a família do genitor.

8. Recurso conhecido e desprovido.

(Acórdão n.703670, 20110910023580APC, Relator: ALFEU MACHADO, Revisor: LEILA ARLANCH, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 14/08/2013, Publicado no DJE: 21/08/2013. Pág.: 66)

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. AÇÃO DE GUARDA E RESPONSABILIDADE. INTERESSE DA CRIANÇA. GUARDA COMPARTILHADA. GUARDA UNILATERAL. SENTENÇA MANTIDA. Para a fixação da guarda é preciso atender ao melhor interesse da criança e do adolescente. A guarda compartilhada exige dos genitores um juízo de ponderação, imbuídos da tarefa de priorizarem apenas os interesses de seus filhos comuns, além de uma harmônica convivência entre eles, sob pena de aumentar os conflitos e gerar situações de maiores prejuízos ao filho. Conforme o §2º do artigo 1583 do Código Civil, a guarda unilateral será atribuída ao genitor que revelar melhores condições de exercê-la e aptidão para propiciar aos filhos afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar, saúde e segurança, além de educação. O genitor revelou ser pessoa mais apta para assumir os cuidados com o filho, devendo primar pelo cumprimento das determinações legais, propiciando um ambiente de segurança, afeto, harmonia e tranquilidade para o pleno desenvolvimento do infante como pessoa. Recurso conhecido e não provido.

(Acórdão n.696220, 20110111655889APC, Relator: ESDRAS NEVES, Revisor: ANA MARIA DUARTE AMARANTE BRITO, 6ª Turma Cível, Data de Julgamento: 17/07/2013, Publicado no DJE: 30/07/2013. Pág.: 149)

APELAÇÃO CÍVEL. SUSPEIÇÃO DE FORO ÍNTIMO. MOTIVOS NÃO DECLINADOS. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. INEXISTÊNCIA. FILHO MENOR. ANIMOSIDADE ENTRE OS GENITORES. GUARDA COMPARTILHADA. POSSIBILIDADE. CUSTÓDIA FÍSICA CONJUNTA.

1. Não ofende o princípio da motivação das decisões judiciais não declinar os motivos da suspeição por foro íntimo, pois albergada pela lei e pela garantia de isenção absoluta e independência do magistrado.

2. A prolação de sentença por magistrado que substitui àquele afastado por suspeição de foro íntimo não viola o princípio da

identidade física do juiz, nos termos do art. 132 do Código de Processo Civil.

3. Ainda que diante a ausência de consenso entre os pais, a guarda compartilhada representa a proteção do melhor interesse dos filhos, porque possibilita a divisão de responsabilidade entre os pais, proporcionando ao desenvolvimento humano a aproximação ao ideal psicológico do duplo referencial.

4. Diferencia-se a regulamentação de visitas na guarda compartilhada da configuração da guarda denominada alternada, pois naquela há a custódia física conjunta, que permite a melhor integração do menor.

5. Rejeitada a preliminar de ofensa ao princípio da motivação das decisões judiciais e desprovido o agravo retido. Apelação desprovida. (Acórdão n.632550, 20090110668078APC, Relator: MARIO-ZAM BELMIRO, Revisor: NÍDIA CORRÊA LIMA, 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 18/10/2012, Publicado no DJE: 14/11/2012. Pág.: 133)

Diante de decisões jurisprudenciais notamos que é exatamente o diálogo entre os genitores que possibilita o pleno exercício da guarda compartilhada. Não havendo um bom relacionamento entre os genitores, ela não é concedida. E na pesquisa efetuada por Ana Maria Milano ele informa não ter encontrado qualquer decisão de primeira ou segunda instância que tenha remetido as partes para sessões de mediação.¹⁰⁸

O que se constata é que a lentidão dos processos judiciais exacerba ainda mais o clima de litígio entre as partes. Poucos são os que ainda desejam uma solução amigável, que poderia emergir após algumas sessões de mediação.¹⁰⁹

Geralmente as partes concordam com a audiência de conciliação que, quando resta frutífera, estabelece cláusulas estipulando a guarda, visitas quinzenais, e obrigação da prestação alimentar. Portanto, não temos efetivas mudanças, há grande desconhecimento sobre a guarda compartilhada e mais ainda sobre o mecanismo da mediação e suas vantagens.

¹⁰⁸ Idem. p. 184.

¹⁰⁹ SILVA, Ana Maria Milano. A Lei sobre Guarda compartilhada. 3.ed. São Paulo: J.H Mizuno, 2012. p. 184.

CONCLUSÃO

Verificou-se que o direito das família encontra-se em constante evolução e adaptação nas relações homem-mulher, assim como nas relações pai-mãe-filho.

Nessa abordagem buscamos demonstrar a desnecessidade do instituto sendo, entretanto, de grande relevância que se estabeleça critérios para a nova lei. O principal critério é o interesse do menor, que, por óbvio, deve prevalecer sempre.

Respondendo às questões inicialmente levantadas, pensamos que a recente Lei nº 11.698/2008, que institui e disciplina a guarda compartilhada alterando os arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil tem por principal mérito a função pedagógica e cultural ao propor aquele instituto como o melhor modelo de guarda de filhos, para pais que têm por desafio e meta proporcionarem aos filhos um sentimento de permanecimento a uma família que se já não conjugal, prossegue parental.

Entendemos que a fixação da guarda compartilhada deve ser sugerida, incentivada e aconselhada, mas não imposta por decisão judicial aos pais que estejam em desacordo, pois tal ato pode gerar efeitos negativos ao conflito já potencializado.

Diante do conflito e da impossibilidade de acordo parental deve ser buscado caminhos para a construção de uma solução de consenso para a obtenção da guarda compartilhada ou estipulação da guarda unilateral para o genitor que apresentar a melhor condição de exercê-la.

Como forma de alcance do consenso da guarda compartilhada, apontamos a mediação como instrumento adequado e eficaz para a pacificação da entidade familiar. Dando assim, uma oportunidade de elaboração de escolhas apropriadas para cada situação, resultando em escolhas construídas e decididas pelos próprios pais em prol do bem estar de seus filhos.

A aplicação do instituto importado dos países estrangeiros necessita de estudos e avaliação do seu cabimento no âmbito nacional. Essa construção da guarda compartilhada não é tarefa das mais fáceis, mas com a aplicação da mediação podemos oferecer um apoio às famílias na busca ideal do compartilhamento do convívio com os filhos após a dissolução matrimonial.

Esse trabalho exercido pelo mediador não está condicionado a julgar uma atitude certa ou errada, ou, alguém culpado ou inocente, mas sim, de absorver do

conflito uma solução para a situação familiar. Trata-se de uma atitude construtiva, em busca da reorganização da família.

A guarda compartilhada torna-se viável na medida em que é alcançada pelo acordo dos próprios genitores e não por imposição judicial. Esse instituto não se mostra adequado para algumas famílias, especialmente aquelas em que os ex-cônjuges vivem em conflito crônico.

Entretanto, o instituto não deve ser descartado de pronto, especialmente se o casal se mostrar receptivo à inovação e interessado na tentativa desta composição, visando priorizar o bem estar e felicidade dos filhos.

Em um país com grandes diferenças culturais como o Brasil, o juiz, em conjunto com uma equipe multidisciplinar, terá de avaliar a condição dos pais e a situação vivenciada pelas famílias, para auxiliá-los a se reorganizarem em um novo cenário familiar, de modo a conferir plena efetividade e eficácia ao instrumento da guarda compartilhada.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Jorge Augusto Pais de. *Do casamento ao Divórcio*. Lisboa: Cosmos, 1997, p. 145-168.

AMIN, Andréa Rodrigues. *O Novo Código Civil: livro IV do direito de família*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 2002.

BARBOSA, Aguída Arruda. *O direito de família e a mediação familiar*. In: Caderno de estudos nº 1. p. 29-30.

COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 210-243.

DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico* / atualizadores Nagib Slaibi Filho e Cláudia Carvalho. 27 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2006, p. 667-668.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. Volume 5.

ELIAS, Roberto João. *Pátrio Poder: Guarda dos Filhos e Direito de Visita*. São Paulo: Saraiva. 1999, p. 53-55.

FIUZA, Ricardo. *Novo código civil comentado*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

FREITAS, Gilberto Oliveira; OLIVEIRA Jorgevandro Chaves de. *Mediação familiar*. *Justitex*, Ano V, n. 51, p. 51- 55, mar. 2006.

GANANCIA, Daniele. *Justiça e mediação familiar: uma parceria a serviço da coparentalidade*. *Revista do Advogado*. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, n. 62, março/2001, p. 11- 20.

GRISARD. Waldyr Filho. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 2 ed. Ver., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GROENINGA, Giselle. *Do interesse à criança ao melhor interesses da criança – contribuições da mediação interdisciplinar*. *Revista do Advogado*. São Paulo: Associação dos advogados de São Paulo, n. 62, março/2001, p. 79-81.

GUARCIA, José Diogo Leite. *Guarda compartilhada: comentários aos artigos 1.583 e 1.584 do código civil com redação dada pela lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008*. Bauru, SP: EDIPRO, 2011.

LAGRASTRA, Caetano Neto. *Boletim Tribuna da Magistratura*. 1999, P. 37- 40.

LEIRIA, Maria Lúcia Luz. *Guarda compartilhada: a difícil passagem da teoria à prática: a realidade da lei nº 11.698/2008*. Revista jurídica. Porto Alegre, v. 59, n. 409, p. 9-25, Nov. 2011.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias Monoparentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997. P. 195-201.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Guarda compartilhada: a mediação como instrumento para a construção de um acordo parental sustentável*. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coord.). *Guarda compartilhada*. São Paulo: Método, 2009. p. 113-137.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Direito civil: famílias*. Volume 4.

MADALENO, Rolf. *Novos horizontes no direito de família*. Rio Janeiro, 2010. p. 210-221.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado – parte especial*. 4 ed. 2. Tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, T. VIII, 1983. P. 94-101.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*, 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 6, p. 246-249.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. *A guarda conjunta de menores no direito brasileiro*. Ajuris, porto, Porto Alegre, v. XIII, n. 36, p. 53-64, mar. 1986.

PRANTES, Ana Maria. *Roteiro Direito Civil*. 4. Ed. Brasília - DF, 2008.

RODRIGUES, Otávio Luiz Junior. *Guarda compartilhada: discricionariedade*. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coord.). *Guarda compartilhada*. São Paulo: Método. 2009. p. 281-296.

RODRIGUES, Silvio. Direito de Família. Direito Civil, v. 6. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 349-352.

SALLES, Karen Ribeiro Pacheco Nioac de. *Guarda compartilhada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001, p. 85-91.

SANGALLI, Tatiana. *Trabalho piloto em Mediação para casais com pedido de separação litigiosa em uma instituição de ensino jurídico: um estudo de aplicabilidade*. III Congresso Ibero-Americano de Psicologia Jurídica. São Paulo, p.368-372, 1999.

SANTOS, Thiago B; LEITE, Cyntia Paiva; VIEIRA, Tereza R. *Da guarda compartilhada: aspectos psicológicos e jurídicos*. In: MANZANO, Maria A Nastácia (Coord.). Revista de Ciência Jurídicas e Sociais da UNIPAR. Umuarama, v. 9, n. 1, p. 97-109, Nov. 2006.

SILVA, Ana Maria Milano. *A lei sobre guarda compartilhada*. 3 ed. Leme: J. H. Mizuno, 2012. p. 13-15.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Capítulo XI, da proteção da pessoa dos filhos*. In: Fiuza, Ricardo (Coord.). Novo Código Civil Comentado. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 1435-1436.

STRENGER, Guilherme Gonçalves. *Guarda de Filhos*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 30-49.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *A (des)necessidade da guarda compartilhada*. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coord.). *Guarda compartilhada*. São Paulo: Método, 2009. p. 17-41.

TEPEDINO, Gustavo. *A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional*. Revista Trimestral de Direito Civil, v. 17. Rio de Janeiro: Padma, p. 36-43.

VIEIRA, Liliane dos Santos. *Pesquisa e monografia jurídica na era da informática*. 3 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2007.

WEISS, Telma Kutnikas. *Guarda compartilhada: um olhar psicanalítico*. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coord.). *Guarda compartilhada*. São Paulo: Método, 2009. p.359-366.

ZIMERMAN, David. *Aspectos psicológicos da guarda compartilhada*. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coord.). *Guarda compartilhada*. São Paulo: Método, 2009. p. 95-113.